Die Form des Vorgründungsvertrages im Aktienrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Heinz Otte
Gerichtsreferendar aus Burg b. M.

Berichterstatter: Dozent Dr. Isele.

Würzburg 1936
Buchdruckerei Richard Mayr

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Gliederung.

Einleitung 1

Hauptteil.

1. Abschnitt: Der Stand der Frage in Rechtsprechung und Lehre.

I. Die für die Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrages eintretende Ansicht

1. Das Reichsgericht 2
2. Das Schrifttum 6

II. Die für die Formfreiheit des Vorgründungsvertrages eintretende Ansicht 8

III. Zusammenfassung 16

2. Abschnitt: Aufbau und Begründung der eigenen Ansicht.

I. Inhalt und Rechtsnatur des Vorgründungsvertrages . . . 16

II. Keine Anwendung der Regeln über den Vorvertrag auf den Vorgründungsvertrag.

1. Begriff und Form des Vorvertrages 23
2. Rechtliche Beurteilung des Gründungsherganges.

a) Grundsätzliches 29
b) Die Feststellung des Gesellschaftsvertrages 36
c) Aktienzeichnung und Aktienübernahme 40
d) Die Uebernahme von Sacheinlagen 47

III. Keine Formbedürftigkeit wegen des Zweckes der Formvorschrift des § 182 HGB 49

Schluß 55

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Adler: Realcontract und Vorvertrag. (In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 31 S. 190 ff. 1892).

Alzen: Der Vorvertrag in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Kölner Dissertation 1933.

Auerbach: Das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirtschaftlicher Hinsicht. 1861.

Bondi-Winckler: Die Praxis der Finanzierung ... 7. Auflg. 1929.

Brand: Das Handelsgesetzbuch. 1911.

Brauer: Die rechtliche Natur der Aktienübernahme und Aktienzeichnung.... Breslauer Dissertation 1927.

Brodmann: Aktienrecht. 1928.

— Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 2. Aufl. 1930.

Crisolli: Die Rechtsnatur der Sacheinlageverpflichtung ... (in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht Bd. 93 S. 226 ff. 1929).

Degenkolb: Zur Lehre vom Vorvertrag. (Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 71 S. 1 ff. 1887).

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 3. Bd. 1. Teil, 3. Auflg. 1934.

Ennecceruss-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Allgemeiner Teil. 13. Bearbt. 1931.

Feine: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. (Bd. 3. Abtlg. 3 von Ehrenbergs Handbuch) 1929.

Fischer: Die Aktiengesellschaft. (Bd. 3 Abtlg. 1 von Ehrenbergs Handbuch) 1916.

Förtsch: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 2. Auflg. 1899.

Gareis: Das Deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. 1909.

v. Gierke, J.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 4. Auflg. 1933.

Gierke, O.: Deutsches Privatrecht. 1. Band 1895.

— Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung. 1887.

GmbHGes. Entw. 1 = Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen. Amtliche Ausgabe. 1891.

GmbHGes. Entw. 2 = Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vorgelegt dem Reichstag am 11. 2. 1892 (Drucksachen des Reichstags, 8. Legislaturperiode, I. Session 1890/92. Nr. 660 S. 3715 ff.).

Goldschmit: Die Aktiengesellschaft. 1927.

Göppert: Zur Lehre von den Pacte de contrahendo. (In der Kritischen Vierteljahresschrift, Bd. 14, S. 400 ff. 1872).

Hachenburg-Bing-Schmidt: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 5. Auflg. 1. Bd. 1926.

Haußmann: Das Recht der Unternehmenzusammenfassungen. 2. Teil. Die Praxis des Rechts der Unternehmenzusammenfassungen. 1932.

Jolly: Das Recht der Aktiengesellschaften. (In der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 12 S. 315 ff. 1848).

Koenige-Teichmann-Koehler: Handausgabe des Handelsgesetzbuches. 3. Auflg. 1932.

Kuntze: Der Gesamtakt. Ein neuer Rechtsbegriff. (In der Leipziger Festgabe für Otto Müller, S. 29 ff. 1892).

Laband: in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht Bd. 7 S. 617 ff. 1864 (Besprechung von Renauds Recht der Aktiengesellschaften).
Lehmann: Das Recht der Aktiengesellschaften. 1. Bd. 1898.
— Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Auflg. 1912.
Lehmann-Hoeniger: Lehrbuch des Handelsrechts. 3. Auflg. 1. Halbband 1921.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Auflg. 2. Bd. 1913.
Liebmann-Saenger: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 7. Auflg. 1927.
Ludewig: Der Vorgründungsvertrag im Aktienrecht. (Im Zentralblatt für Handelsrecht, Jahrg. 1932 S. 121 ff.).
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Auflg. 1. Bd. 1906.
Merzbacher-Krakenberg: Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 9. Auflg. 1928.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 1. Auflg. 1. Teil 1921. 2./3. Aufl. 1928 (ohne nähere Angabe wird die 2./3. Auflg. zitiert).
Neukamp: Die Geschäftsanteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. (In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht Bd. 57 S. 479 ff. 1906).
Neukamp-Becker: Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 5./7. Auflg. 1922.
Nübell: Die Abgrenzung der Aktienübernahme von der Aktienzeichnung ... (im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 43 S. 104 ff. 1919).
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 3. Auflg. 1927.
Parisius-Crüger-Crecelius: Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 6. Auflg. 1922.
Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Auflg. 1. Band 1913.
Primker: Die Aktiengesellschaft. (In Endemanns Handbuch des Deutschen Handelsrechts, Bd. 1 S. 471 ff.) 1881.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs 1858—1863.
Renaud: Das Recht der Aktiengesellschaften. 2. Auflg. 1875.
Ritter: Das Handelsgesetzbuch. 1910.
Ruth: Eintritt und Austritt von Mitgliedern. (In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 88 S. 454 ff. 1926).
Schloßmann: Ueber den Vorvertrag ... (in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 45 S. 1 ff. 1903).
Scholz: Kommentar zum GmbH-Gesetz. 1928.
Schreiber: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. 1925.
Staub-Pinner: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 14. Auflg. 2. Band 1933.
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Auflg. 1. Band: Allgemeiner Teil 1925. 2. Band, 3. Teil: Recht der Schuldverhältnisse 1929.
Thöl: Das Handelsrecht. 5. Auflg. 1. Band 1875.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1. Band 1910.
Waldecker: Die eingetragene Genossenschaft. 1916.
Warneyer-Koppe: Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 2. Auflg. 1929.
Wieland: Handelsrecht. 2. Band: Die Kapitalgesellschaften 1931.
Wiener: Die Errichtung der Aktiengesellschaft ... (in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht Bd. 24 S. 1 ff. 1879).
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Auflg. 2. Bd. 1891.
Witte: Erörterungen zum Recht der Aktienvereine. (In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht Bd. 8 S. 1 ff. 1865).

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544704_0155

Einleitung.

Die Aktiengesellschaft ist der ausgeprägteste Typ der Kapitalgesellschaft. Sie ist die gegebene Gesellschaftsform für Unternehmungen größten Stils mit erheblichem Geldbedarf, zu dessen Aufbringung es der Heranziehung weitester Kreise bedarf. Zu deren Schutz, um sie vor Verlust ihrer z. T. mühsam erworbenen Ersparnisse zu bewahren, hat das Handelsgesetzbuch den Gründungshergang der Aktiengesellschaft in im Grunde genommen recht bevormundender Weise bis ins Einzelne geregelt. Aber trotz dieser eingehenden Regelung bleiben bei ihm doch recht viele Fragen zweifelhaft. Das Gesetz beschäftigt sich nämlich mit ihm erst von dem Zeitpunkte ab, wo die Gründer zur Feststellung des Gesellschaftsvertrages zusammentreten. Im wirtschaftlichen Leben ist das aber durchaus nicht der erste rechtlich greifbare Punkt, vielmehr wird es meist eine Ausnahmeerscheinung sein, wenn sofort an die Feststellung der Satzung gegangen wird. Denn es ist in Anbetracht der großen rechtlichen und wirtschaftlichen Tragweite der Gründung einer Aktiengesellschaft verständlich, daß der eigentlichen Gründung Verhandlungen vorausgehen, in denen unter den Beteiligten Besprechungen über die Grundzüge der zukünftigen Aktiengesellschaft und ihre Beteiligung an ihr stattfinden. Innerhalb dieser Besprechungen tritt naturgemäß einmal ein Zeitpunkt ein, wo diese aus dem Stadium der Unverbindlichkeit heraustreten und festere Formen annehmen, wo eine Bindung unter den Beteiligten derart eintritt, daß die Errichtung der Gesellschaft beschlossene Sache ist und jeder gegen jeden einen Anspruch darauf hat, daß der andere an ihr mitwirke. Den diese Bindung bewirkenden Vertrag nennt man den Vorgründungsvertrag. Im Gesetz ist er, wie gesagt, nicht geregelt, und so haben sich Theorie und Rechtsprechung in ausgedehntem Maße mit ihm beschäftigt. Während über seine Rechtsnatur und seinen notwendigen Inhalt im wesentlichen Einigkeit besteht, herrscht Streit darüber, ob er formlos abgeschlossen werden kann oder der in § 182 HGB für den endgültigen Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Form unterliegt.

Zur Klärung dieser Frage, die nicht nur für die Aktiengesellschaft, sondern auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, bei der die Verhältnisse völlig gleich liegen — woraus sich auch die Heranziehung des Schrifttums über die GmbH rechtfertigt —, von erheblicher praktischer Bedeutung ist, soll die vorliegende Arbeit einen Beitrag liefern.

Hauptteil.

1. Abschnitt: Der Stand der Frage in Rechtsprechung und Lehre.

I. *Die für die Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrages eintretende Ansicht.*

1. Das Reichsgericht.

Das Reichsgericht hat sich in zahlreichen Entscheidungen mit der Frage beschäftigt, ob ein Vertrag, in dem sich die Kontrahenten zur Mitwirkung bei der Gründung einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung verpflichten, der in den §§ 182 HGB 2 GmbHGes. für die Gründung selbst vorgeschriebenen Form unterliegt oder nicht und hat diese Frage in ständiger Rechtsprechung im bejahenden Sinne entschieden. Sieht man sich diese Rechtsprechung auf ihre Begründung hin an, so ergibt eine Uebersicht über ihre Entwicklung folgendes Bild[1]):

Erstmalig hat sich das Reichsgericht in RGZ 43/139 (= Seuff. Arch. 55/78) mit der Frage befaßt[2]) und über die Form des Vorgründungsvertrages zu einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung Folgendes ausgeführt:

„. . . Hiernach würde ein formloser Vorvertrag vorliegen, der keinen anderen Inhalt hätte, als daß der Promittent die Verpflichtung übernehme, den an eine bestimmte Form gebundenen Hauptvertrag in

---

1) Es sind hier nur die Entscheidungen berücksichtigt, in denen sich das Reichsgericht ausdrücklich, wenn z. T. auch nur nebenbei, mit der Frage nach der Form des Vorgründungsvertrages befaßt, nicht aber auch solche, vielfach im Schrifttum angeführte, in denen ähnliche Fragen behandelt werden und aus denen sich allenfalls eine Parallele zum Vorgründungsvertrag ziehen läßt.

2) In RGZ 41/282 läßt es sie, wenn auch nicht ausdrücklich, offen. Es kommt hier nach ausführlichen Erörterungen zu dem Schluß, daß der Vorgründungsvertrag nichtig sei, weil es ihm an der nötigen Bestimmtheit fehle. Hieraus folgt, daß das Reichsgericht damals der Ansicht gewesen ist, der Vorgründungsvertrag könne auch formlos abgeschlossen werden. Denn sonst wären die Erörterungen über die Bestimmtheit des Vertrages überflüssig gewesen, wie Hachenburg (Anm. 14 zu § 2) und Düringer-Hachenburg (Anm. 22 zu § 182) mit Recht betonen.

Für unsere Darstellung kommt dieser Entscheidung jedoch keine Bedeutung zu, weil das Reichsgericht keine Gründe für diese, seiner späteren Lehre entgegengesetzte, Auffassung anführt.

dieser Form abzuschließen. Es folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß, wenn für die Gültigkeit eines Vertrages gesetzlich eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, auch ein formloses Abkommen auf Eingehung eines solchen Vertrages ungültig sein muß. Es gibt keinen Anspruch auf Vollziehung der Form, wenn das Gesetz dem rechtsgeschäftlichen Willen nur in der gehörigen Form Beachtung schenkt."

Für die Richtigkeit dieses Satzes beruft sich das Reichsgericht auf Windscheid, Thöl und Stobbe-Lehmann und zieht dann eine Parallele zu seiner eigenen Rechtsprechung über die Beitrittserklärung zu einer eingetragenen Genossenschaft, wo angenommen sei, daß ein formloser Vertrag, der die Uebernahme einer Verpflichtung zum Beitritte zum Gegenstand hat, ungültig sei, weil das Gesetz eine schriftliche Beitrittserklärung fordere.

In dem Urteil vom 24. 6. 1905[3]) führt dann das Reichsgericht über die Form des „Vorvertrages zu einem Vertrage über die Errichtung einer Gesellschaft m. b. H." aus, daß aus Gründen, welche in früheren Entscheidungen ausführlich dargelegt seien, daran festzuhalten sei, „daß nach dem Zweck, welchen der Gesetzgeber mit den Vorschriften der §§ 2, 3 verfolgt hat, der Vorvertrag, welcher nicht selbst in gerichtlicher oder notarieller Form abgeschlossen wird, nichtig ist". Als die Entscheidungen, die die ausführlichen Darlegungen enthalten sollen, bezeichnet das Reichsgericht das oben angeführte Urteil RGZ 43/139 und die Urteile RGZ 50/48 und 54/419. Bei dem Erkenntnis 50/48 handelt es sich jedoch nicht um die Frage, ob ein Vorgründungsvertrag der Form des § 2 GmbHGes. bedarf oder nicht, sondern darum, ob ein Vertrag, in dem sich jemand zur Uebernahme einer gemäß § 55 GmbHGes. auf das erhöhte Stammkapital zu leistenden Einlage verpflichtet, der Form des § 55 bedarf. Im übrigen führt hier das Reichsgericht, das diese Frage bejaht, keinerlei neue Gründe an, sondern wiederholt lediglich einige Sätze der Entscheidung RGZ 43/139 und bezieht sich auf diese.

In dem Urteil RGZ 54/419 befaßt sich das Reichsgericht mit der Frage, ob die Nichtigkeit des der Form des § 2 GmbHGes. entbehrenden Gesellschaftsvertrages durch die nachfolgende Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geheilt werde. In den Entscheidungsgründen wird hier erwähnt, es sei „im Laufe der Beratungen des Entwurfes aus wohlerwogenen Gründen, um die Bedeutsamkeit der bezüglichen Willenserklärungen den Beteiligten zum vollen Bewußtsein zu bringen, das Erfordernis festgesetzt worden, daß der Gesellschaftsvertrag des Abschlusses in gerichtlicher oder notarieller Form bedürfe". Dies Erfordernis sei Gesetz geworden und insoweit sei im öffentlichen Interesse für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung

3) Holdheims Monatsschrift, Jahrgang 1905, S. 291.

dieselbe zuverlässige Errichtungsgrundlage gefordert worden, wie sie schon für die Errichtung der Aktiengesellschaft vorgeschrieben war.

In denselben Gedankengängen bewegen sich die Entscheidungsgründe des Urteils RGZ 66/120 (= JW 07/394), in denen das Reichsgericht nochmals feststellt, daß „wie vom erkennenden Senat wiederholt entschieden worden sei, ein Vorvertrag über Abschließung eines Gesellschaftsvertrages, durch den eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung errichtet werden soll, nur in der Form des § 2 des Gesetzes, betr. d. Gesellsch. m. b. H. gültig geschlossen werden könne".

Die inzwischen von Staub-Hachenburg[4]) gegen diese Auffassung des Reichsgerichts geltend gemachten Bedenken bezeichnet dieses als „nicht überzeugend" und führt aus: „Zugegeben wird dort, daß es in den Fällen, in denen ein obligatorischer Vertrag an die Form gebunden sei, auch keine formlose Verpflichtung zur Eingehung dieses Vertrages gebe. Wenn nun auch, wie vorher betont ist, der vom Gesetz geforderte Gesellschaftsvertrag ein Vertrag ist, durch den in Verbindung mit der hinzutretenden Eintragung ins Handelsregister die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ins Leben gerufen wird, so ist er doch deshalb nicht weniger ein obligatorischer Vertrag, da durch ihn jeder Gesellschafter sich zur Leistung einer Einlage auf das Stammkapital verpflichtet und möglicherweise noch andere Verpflichtungen übernimmt."

Des weiteren wird[5]) zur Begründung der Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrages ausgeführt, daß die in § 2 GmbHGes. vorgeschriebene Form den Zweck habe, einmal den Beteiligten die Bedeutsamkeit der von ihnen abzugebenden Willenserklärungen zum Bewußtsein zu bringen, und zum anderen die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses für Dritte erkennbar zu machen.

In der Folgezeit[6]) erspart sich das Reichsgericht, das, wie es sich vielfach ausdrückt, „an seiner ständigen Rechtsprechung, von der abzugehen kein Anlaß besteht, festhält", jede Begründung. Es nimmt höchstens einmal unter Anführung einiger Sätze auf seine frühere Rechtsprechung Bezug. Auch eine Auseinandersetzung mit der insbesondere von Staub-Hachenburg[7]) vertretenen Gegenmeinung findet

---

4) Kommentar zum GmbHGes. 2. Auflg. Anm. 48 zu § 2. Diese Ausführungen decken sich inhaltlich vollkommen mit denen Hachenburgs in der 5. Auflg. Anm. 14 zu § 2.

5) S. 121.

6) Das Reichsgericht befaßt sich noch in folgenden Entscheidungen mit der Frage: JW 07/487 (= Recht 07 Nr. 2215); JW 08/349 (= LZ 08/866), Recht 09 Nr. 581; JW 12/541; JW 13/30 (= Recht 1912 Nr. 3421); RGZ 82/299; LZ 20/484 (= Warn. Rechtspr. 1920 Nr. 84); RGZ 102/279; RGZ 106/175 (= JW 24/170); Jur. Rundschau 1926/291; DRZ 1926 Nr. 572; JW 29/645; Recht 1929 Nr. 258; RGZ 130/74; 149/395.

sich nirgends. Lediglich in dem Urteil LZ 1920/484 wird erwähnt, daß sich das Reichsgericht in seiner Rechtsauffassung auch durch die gegenteiligen Darlegungen Staub-Hachenburgs nicht habe erschüttern lassen[8]).

Dieser Ueberblick über die Rechtsprechung des Reichsgerichts ergibt, daß dieses zwar ständig und ohne Schwanken an dem einmal von ihm eingenommenen Standpunkt, daß der Vorgründungsvertrag ebenso wie der Gesellschaftsvertrag selbst der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfe, festgehalten hat, daß es sich aber trotz aller Angriffe auf diese seine Rechtsprechung nicht bemüht hat, seine Ansicht ausführlich zu begründen. Im Grunde genommen besteht die ganze Begründung des Reichsgerichts in dem Satz: „Es gibt (scil.: ohne Wahrung eben dieser Form) keinen Anspruch auf Vollziehung der Form, wenn das Gesetz dem rechtsgeschäftlichen Willen nur in der gehörigen Form Beachtung schenkt". Hierzu kommen dann noch Erwägungen über den Zweck der Formvorschriften der §§ 182 HGB und 2 GmbHGes.

Daß der oben genannte, aus der Lehre vom Vorvertrag stammende Begründungssatz des Reichsgerichts dort eine gewisse Berechtigung hat, ist allgemein anerkannt[8a]). Ob er aber ohne weiteres auf dem Gebiete des Vorgründungsvertrages anwendbar ist, hätte doch wohl nachgeprüft werden müssen. Aber gerade diese Frage wird vom Reichsgericht nicht erörtert, trotzdem es sie wohl erkannt hat. Denn wenn es in RGZ 66/120 ausdrücklich feststellt, daß der Gesellschaftsvertag ein rein obligatorischer Vertrag sei, so beweist dies, daß das Reichsgericht sich dessen bewußt war, daß von dieser Feststellung die Anwendbarkeit seines Begründungssatzes auf den Vorgründungsvertrag abhängig war. Dann hätte es sich aber nicht mit dieser Feststellung begnügen dürfen, sondern seine Stellungnahme zu dieser doch schon damals nicht unbestrittenen Frage näher begründen müssen. Auch das, was das Reichsgericht zur Begründung seiner Ansicht aus dem Zweck der Formvorschriften der §§ 182 HGB und 2 GmbHGes. herleitet, vermag diese nicht zu tragen, da gerade der entscheidende Satz, daß nämlich die Formvorschrift a u c h den Zweck habe, den Beteiligten die Bedeutsamkeit der von ihnen abzugebenden Willenserklärungen zum Bewußtsein zu bringen, sie also gewissermaßen vor sich selbst zu schützen, ohne nähere Begründung bleibt.

---

7) vergl. oben Anm. 4.

8) In dieser Entscheidung stellt das Reichsgericht übrigens auch fest, daß es keiner Ausführungen darüber bedürfe, daß die Rechtslage für Verträge auf Errichtung einer Aktiengesellschaft die nämliche sei wie bei solchen auf Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

8a) vergl. unten S. 27—29.

So ergibt sich, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu unserer Frage wegen ihrer mangelhaften Begründung unbefriedigend ist. Auf die hier noch offenbleibenden Zweifelsfragen wird also bei der Darstellung der eigenen Ansicht noch näher einzugehen sein.

2. *Das Schrifttum.*

Das Schrifttum hat sich zum größten Teil der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht angeschlossen[9]) und man kann hier mit Recht von einer herrschenden Meinung sprechen. Nach einer ausführlichen Begründung wird man allerdings vergeblich suchen. Die Meisten stellen, z. T. unter Zitierung von Reichsgerichtsentscheidungen, lediglich fest, daß der Vorgründungsvertrag der Form des Gesellschaftsvertrages bedürfe[10]). Eine kurze Begründung bringt Brand[11]), der deshalb für die Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrages eintritt, weil sonst mündliche oder privatschriftliche Abmachungen die Grundlage für die im Klagewege zu erzwingende Errichtung der Aktiengesellschaft bilden könnten, was sicherlich dem Willen des Gesetzgebers, der das Zustandekommen der Aktiengesellschaft an erschwerte Formen binden wollte, widersprechen würde. Diese Begründung ist, ähnlich wie die von Koenige-Teichmann-Koehler[12]), der die Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrages aus seinem Wesen folgert, da dieser tatsächlich schon die gleiche Bindung für die Beteiligten schaffe wie der spätere Abschluß des Gesellschaftsvertrages selbst, und das Gesetz diese Bindung nur bei Einhaltung der Form eintreten lassen wolle, im Grunde genommen nur eine Wiederholung reichsgerichtlicher Gedankengänge und im weitesten Umfange durch die nicht näher begründete Auffassung bedingt, der Zweck der Formvorschrift der §§ 182 HGB und 2 GmbHGes. läge darin, die Beteiligten vor Uebereilung zu schützen.

Auch Brodmann[13]), dessen ausführliche Erörterungen sich übrigens hauptsächlich mit der Widerlegung der Gegenansicht von Hachenburg befassen und auf die insoweit erst bei der Darstellung und Kritik dieser Meinung einzugehen ist, schließt sich nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung dem Reichsgericht an. Das ergibt sich schon rein äußerlich daraus, daß er an die Spitze seiner Erörte-

9) „Angeschlossen" insofern, als. soweit zu sehen, die Frage nach der Form des Vorgründungsvertrages überhaupt erstmalig vom Reichsgericht in RGZ 43/139 erörtert worden ist.

10) So Fischer, S. 119; Lehmann-Hoeniger S. 392 Anm. 3; Makower Anm. II b 1 zu § 182; J. v. Gierke § 39 III 2 b a. E. (S. 308); Goldschmit Anm. 6 zu § 182; Ritter Anm. 1 zu § 182; Parisius-Crüger Anm. 1 zu § 2; Merzbacher-Krakenberg Anm. 2 zu § 2; Warneyer-Koppe Anm. 1 zu § 2; Förtsch Anm. 2 zu § 2; Neukamp-Becker Anm. 4 zu § 2 a. E.; Liebmann-Saenger Anm. 2 zu § 11; Haußmann S. 184; Neukamp S. 497; wohl auch Scholz Anm. III 1 zu § 2.

11) Anm. 7 zu § 182.

12) Anm. 6 b zu § 182.

13) GmbH, Anm. 5 zu § 2.

rungen den Begründungssatz des Reichsgerichts „es gibt keinen Anspruch auf Vollziehung der Form . . . " stellt. Für ihn folgt die Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrages aus dem Zweck der Formvorschrift des § 2 GmbHGes. Die vorgeschriebene Form sei hier nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck und der Zweck könne nur sein, die vertragliche Bindung zu bedingen. Es verstände sich doch wohl von selbst, daß, wenn nicht einmal der Hauptvertrag ohne Form verpflichte, der Vorvertrag noch weniger dazu imstande sei.

Auch in seinem Aktienrechtskommentar[14]) rückt Brodmann den Zweck der Formvorschrift in den Vordergrund, wenn er ausführt, daß man nicht erst den ausgesprochenen oder unausgesprochenen, den wirklichen oder unterstellten Motiven des Gesetzgebers nachzugehen brauche, um zu erkennen, daß die Formvorschrift illusorisch wäre, wenn die Gründer durch den formlosen Vertrag verpflichtet seien und gezwungen werden könnten, die Form nachzuholen. Man müsse sich dann fragen, welchen Zweck die Nachholung der Form dann eigentlich noch hätte. Brodmann steht also, wie sich aus seinen Ausführungen deutlich ergibt, bezüglich der Frage nach dem Zweck der Formvorschrift auf einem ähnlichen Standpunkt wie das Reichsgericht, daß diese nämlich nicht nur auch, sondern in erster Linie zum Schutze der Beteiligten vor Uebereilung gegeben sei. Er hält das für so selbstverständlich, daß er auf jede nähere Begründung verzichtet. Aber so selbstverständlich erscheint diese Auffassung gerade nicht und so läßt denn auch die Brodmannsche Begründung dieselben Zweifel offen wie die des Reichsgerichts.

Schließlich geht auch Fischer[15]), nach dessen Ansicht sich die Rechtsprechung des Reichsgerichts, wonach für den Abschluß des Vorvertrages einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Form des Hauptvertrages zu beobachten ist, mit der Absicht des Gesetzgebers völlig im Einklang befindet, von dem Zweck der Formvorschriften aus. Der Gesetzgeber könne mit dem Formerfordernis verschiedene Zwecke verfolgen, wie z. B. mit dem des § 15 GmbHGes. den, durch Verlangen der Form für den obligatorischen wie dinglichen Veräußerungsvertrag zu verhüten, daß die Mobilisierung der Aktien auf die Anteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung übergreift. Den meisten Formvorschriften pflege jedoch die Absicht zu Grunde zu liegen, durch die Vorschrift der Form den Beteiligten die Bedeutung des betreffenden Rechtsgeschäfts zum Bewußtsein zu bringen. Sei dies der Fall, so habe man zu unterscheiden:

1. Der Gesetzgeber will ohne Beobachtung der Form überhaupt keine Willensgebundenheit. So z. B. bei der Verpflichtung, ein Grundstück zu veräußern oder eine Bürgschaft einzugehen. Bei diesem, den

14) Anm. 6 b zu § 182.
15) in JW 24/170, Anm.

Formvorschriften in der Regel zu Grunde liegendem Motiv, sei dann auch der formlose Vorvertrag ungültig.

2. in einzelnen Fällen will der Gesetzgeber nur die besondere Gestaltung einer Verpflichtung an die Form binden, z. B. bei dem abstrakten oder dem Schuldversprechen in Gestalt des Wechsels an die Schriftform. Hier könne aus dem kausalen Geschäft auf Eingehung der Verpflichtung in der Schriftform geklagt werden.

Diese Ausführungen Fischers sind an sich unzweifelhaft richtig, sie sind aber nicht zwingend für die Folgerungen, die er aus ihnen zieht, daß nämlich der Vorgründungsvertrag der Form des Gesellschaftsvertrages bedürfe. Denn wie sich schon aus den Ausführungen selbst ergibt, dann aber auch daraus, daß sich Fischer auf die Erläuterungen von Enneccerus, Oertmann und Koenige beruft, die an den zitierten Stellen über den Vorvertrag handeln, ist hier vorausgesetzt, daß der sog. Hauptvertrag ein obligatorischer Vertrag ist, was aber für den Gesellschaftsvertrag des Aktienrechts zumindestens zweifelhaft ist.

Diesem Einwand versucht Fischer dadurch zu begegnen, daß er sagt, es könne in Anbetracht des Willens des Gesetzgebers, der den Akt der Körperschaftsbildung ohne Form überhaupt nicht zulasse, nicht darauf ankommen, ob der Vorvertrag dem Individualrecht und der Hauptvertrag dem Körperschaftsrecht angehöre. Das ist immerhin ein Argument. Bestehen bleiben dann aber immer noch Bedenken. Aus Fischers eigenen Ausführungen ergibt sich, daß die Frage, ob der Gesetzgeber eine Willensgebundenheit ohne Beobachtung der Form überhaupt nicht will, immer erst dann auftauchen kann und zu prüfen ist, wenn man festgestellt hat, daß die Formvorschrift den Zweck hat, den Beteiligten die Bedeutung des betreffenden Rechtsgeschäfts zum Bewußtsein zu bringen. Daß dem so ist, setzt Fischer ohne weiteres und ohne Begründung voraus. Es ist aber schon wiederholt darauf hingewiesen worden, daß dies nicht so selbstverständlich erscheint und einer Nachprüfung bedarf.

Insofern kann also auch Fischer, ebenso wie alle anderen Vertreter der Ansicht, daß der Vorgründungsvertrag der für den Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Form bedarf, mit seiner Begründung nicht überzeugen.

II. *Die für die Formfreiheit des Vorgründungsvertrages eintretende Ansicht.*

Die vom Reichsgericht und den angeführten Autoren vertretene Ansicht wird bekämpft von einer kleineren Gruppe von Schriftstellern, die für die Formlosigkeit des Vorgründungsvertrages eintreten. So ohne jede Begründung Lehmann-Ring[16]). Man wird auch Gareis[17])

16) Anm. 2 zu § 187.
17) S. 213.

hierher rechnen können, wenn auch nicht ganz deutlich wird, ob sich der Begriff seines „Gründungsvorvertrages" mit dem unseres Vorgründungsvertrages deckt. Ebenso scheint auch Müller-Erzbach[18]) diese Meinung zu teilen. Seine Ausführungen an dieser Stelle lassen zwar keine klare Stellungnahme erkennen, diese ergibt sich aber aus der ersten Auflage seines Lehrbuches[19]). Er vertritt hier den Standpunkt, daß der Formzwang nur den endgültigen Gesellschaftsvertrag ergreife und begründet diesen damit, daß das Formerfordernis des § 182 HGB allein den Zweck habe, eine sichere Rechtsgrundlage für die Errichtung der Gesellschaft und für die Eintragung des Registerrichters abzugeben.

Der Hauptvertreter dieser Ansicht ist jedoch Hachenburg[20]), der eine ausführliche Begründung gibt. Er geht aus von dem Begründungssatze des Reichsgerichts: „Es gibt (scil.: ohne Wahrung eben dieser Form) keinen Anspruch auf Vollziehung der Form, wenn das Gesetz dem rechtsgeschäftlichen Willen nur in der gebührenden Form Beachtung schenkt", den er als richtig anerkennt. Allein die Verpflichtung, sich bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu beteiligen, muß nach Hachenburg unterschieden werden von dem „Abschluß des Gesellschaftsvertrages", von dem im § 2 GmbHGes. die Rede sei. Letzterer sei derjenige Rechtsakt, durch welchen die Gesellschaft gebildet werde. Er sei die Errichtung desjenigen juristischen Gebäudes, das, nachdem in der Eintragung die Krönung hinzukommt, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Dieses juristische Gebäude betreffe die Festsetzung der Lebensbedingungen der künftigen Gesellschaft, die Gestaltung der Rechtsverhältnisse, wie sie zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern bestehen sollen, die „dauernde, auch Dritten erkennbar zu machende Grundlage der Gesellschaftsrechtsverhältnisse", wie die Motive zu § 2 es ausdrücken. Von der Festsetzung dieser Satzungen seien, genau wie bei der Aktiengesellschaft, begrifflich verschieden diejenigen Abreden, durch welche sich die einzelnen Gesellschafter zur Errichtung eines solchen Rechtsgebäudes verpflichten. Für solche rein obligatorischen Verträge, die für die Gesellschaft selbst nicht bindend seien und auch nicht Bestandteil des Gesellschaftsvertrages würden, könne eine Form nicht verlangt werden. Denn nur in den Fällen, in denen ein obligatorischer Vertrag an eine Form gebunden sei, gelte das Prinzip, daß es keine formlose Verpflichtung zur Eingehung dieses Vertrages gibt. Niemand könne sich formlos verpflichten, einen notariellen Vertrag über einen Hausverkauf zu schließen. Anders sei es jedoch, wenn nur das Erfüllungsgeschäft an die Form gebunden sei. Hier sei die Verpflichtung auch

18) S. 254.
19) S. 315.
20) Anm. 14 zu § 2.

formlos gültig, wie z. B. beim Wechsel und bei der Hypothek. Man könne sich mündlich verpflichten, eine Wechselverpflichtung einzugehen und eine Hypothek zu bestellen. Aber die Eingehung der Wechselverpflichtung selbst, die Bestellung der Hypothek, könne nur in den bekannten erschwerenden Formen vor sich gehen. Dasselbe gelte auch beim Vorgründungsvertrage. Wie das Versprechen der Hypothek sei auch die Zusage der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung formlos gültig. Ihr gegenüber sei der Beschluß des Gesellschaftsvertrages das „dingliche" Geschäft.

Die Richtigkeit dieser Parallele werde nicht dadurch ausgeschlossen, daß Wechselzeichnung und Hypothekenbestellung dem Individualrecht, die Beitrittserklärung zu einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung dagegen dem Sozialrecht angehöre. Die Gründung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sei ein Stück des Körperschaftsrechts und gerade deshalb verhalte sie sich zu dem obligatorischen Vorgründungsvertrage wie die Hypothekenbestellung zur Zusage. Schließlich weist Hachenburg noch auf § 15 Abs. 4 GmbHGes. hin. Dort habe das Gesetz ausdrücklich angeordnet, daß bei der Veräußerung eines Geschäftsanteils auch der obligatorische Vertrag der Form bedürfe. Das beweise, daß das vom Reichsgericht aufgestellte Prinzip dem Gesetze nicht zu Grunde liege, denn sonst wäre diese Stelle zwecklos.

Diese Begründung Hachenburgs wird von Feine[21]) ausdrücklich gebilligt. Dieser tritt schon auf Grund der Tatsache, daß der Vorgründungsvertrag seiner Rechtsnatur nach Gesellschaftsvertrag ist, für dessen Formlosigkeit ein. Auch Staub-Pinner, der einige Sätze der Hachenburgschen Begründung hervorhebt, stimmt diesem zu[22]).

Allein die Argumente Hachenburgs sind nicht zwingend und nicht geeignet, die von ihm gezogenen Folgerungen zu begründen. Zuzustimmen ist ihm insoweit, als die durch den Vorgründungsvertrag begründete Verpflichtung, sich an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu beteiligen, wesentlich verschieden ist von dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages selbst. Allein aus dieser Gegenüberstellung und dem aus ihr gewonnenen Gegensatz: Verpflichtungsgeschäft — Erfüllungsgeschäft läßt sich für die Frage nach der Form des Vorgründungsvertrages nichts herleiten. Insbesondere ist die Parallele mit der Formfreiheit eines Vorvertrages über die Wechselverpflichtung und die Bestellung einer Hypothek nicht gerechtfertigt. Mit Recht weist Brodmann[23]) darauf hin, daß bei der Hypothek nicht das Kausalgeschäft, sondern ausschließlich der dingliche Vertrag, das Ver-

21) S. 188.

22) Staub-Pinner, Anm. 34 zu § 182. Auch Geiler bei Staudinger Bd. II 3 Anhang zum 14. Titel, B IV (S. 1377) wird man hierher rechnen müssen.

23) GmbH Anm. 5 b zu § 2; Aktienrecht Anm. 6 b zu § 182; ebenso Ludewig S. 122.

fügungsgeschäft formbedürftig ist. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 873 BGB ganz deutlich. Wenn im Gegensatz hierzu beim Verkauf eines Grundstückes schon der obligatorische Vertrag der Form unterliegt, so beruht dies allein auf der ausdrücklichen Vorschrift des § 313 BGB, die eben bei dem Verkauf einer Hypothek fehlt.

Ebenso versagt die Parallele mit der Wechselverpflichtung; denn beim Wechsel ist die vorgeschriebene Form Selbstzweck. Sie erklärt sich aus der Rechtsnatur des Wechsels als Wertpapier. Die für ihn vorgeschriebene Form dient ausschließlich dem Zweck, den Wechsel für den Verkehr brauchbar zu machen. Das alles hat aber mit dem von Hachenburg herausgestellten Gegensatz Verpflichtungsgeschäft — Erfüllungsgeschäft nichts zu tun.

Der von Hachenburg aufgestellte Satz, daß das obligatorische Rechtsgeschäft im Verhältnis zum formgebundenen Erfüllungsgeschäft stest auch formfrei eingegangen werden könne, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Er paßt zwar in Einzelfällen, so bei dem Versprechen, eine Schuldverbindlichkeit in abstrakter Form einzugehen, aber durchaus nicht immer, z. B. nicht bei der Bürgschaftsverpflichtung, worauf Fischer[24]) mit Recht hinweist; denn man kann doch wohl nicht sagen, daß zwar bei dem Schuldanerkenntnis dessen Abgabe in Schriftform gegenüber dem Versprechen, es abzugeben, als Erfüllungsgeschäft anzusehen sei, daß dieses Verhältnis aber nicht vorliege bei dem Bürgschaftsversprechen gegenüber der schriftlichen Bürgschaftserklärung nach § 766 BGB. Selbst wenn man also mit Hachenburg den Vorgründungsvertrag als das obligatorische Geschäft gegenüber dem Erfüllungsgeschäft des Hauptvertrages ansieht, so folgt hieraus noch nichts für dessen Formfreiheit, weil eben der erwähnte Grundsatz unrichtig ist.

Daß er nicht richtig sein kann, ergibt auch folgende Erwägung: im Grunde genommen ist der Abschluß eines jeden Hauptvertrages gegenüber dem Vorvertrag Erfüllungsgeschäft, denn hier gehen die Parteien den Vertrag ein, zu dessen Abschluß sie sich im Vorvertrage verpflichtet haben; sie erfüllen also die im Vorvertrage übernommene Verpflichtung[25]). Wendet man hier den Hachenburgschen Grundsatz an, so kommt man zu dem Schluß, daß jeder Vorvertrag, gleichgültig worauf er sich bezieht, formfrei gültig ist; ein Ergebnis, das ganz offenbar unrichtig ist und, wie die vorhergehenden Ausführungen Hachenburgs ergeben, von ihm auch nicht gebilligt wird.

Gegenüber diesen Feststellungen kann es nicht mehr darauf ankom-

24) JW 24/171.

25) Daß Hachenburg mit Erfüllungsgeschäften nicht etwa nur dingliche Verträge meint, ergibt sich daraus, daß er die Wechselausstellung gegenüber der Verpflichtung, einen Wechsel auszustellen, als Erfüllungsgeschäft bezeichnet; die Ausstellung eines Wechsels ist aber ein obligatorischer Vertrag.

men, ob, wie Neukamp[26]) annimmt, die von Hachenburg gezogene Parallele schon deshalb unrichtig ist, weil die Verpflichtung zur Wechselzeichnung und Hypothekenbestellung dem Individualrecht angehören, die Verpflichtung, Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Aktiengesellschaft zu werden, die ja im Vorgründungsvertrage enthalten ist, dagegen dem Sozialrecht[27]).

Wenn Hachenburg ferner auf § 15 Abs. 4 GmbHGes. hinweist, in dem das Gesetz ausdrücklich anordnet, daß bei einer Veräußerung des Geschäftsanteils schon der obligatorische Vertrag der Form bedürfe und hieraus schließt, daß das vom Reichsgericht aufgestellte Prinzip dem Gesetze nicht zu Grunde liege, weil sonst die Bestimmung des § 15 Abs. 4 überflüssig sei, so ist gegenüber einer solchen Argumentation zunächst einmal ganz grundsätzlich zu sagen, daß derartige, rein auf der äußerlichen Fassung des Gesetzes beruhenden Erwägungen für sich allein solche Folgerungen im allgemeinen nicht rechtfertigen können, sondern nur als Glieder innerhalb einer Kette weiterer Gründe ihre Bedeutung gewinnen. Da aber, wie ausgeführt ist, alle anderen Argumente Hachenburgs versagen, ließe sich auch hieraus für die Formlosigkeit des Vorgründungsvertrages nichts herleiten. Außerdem ist die Sachlage insofern eine andere, als in § 15 Abs. 4, anders als in § 2, von einem Verfügungsgeschäft gehandelt wird.

Aber ganz abgesehen hiervon ist der Schluß Hachenburgs auch sachlich unberechtigt; das zeigt ein Blick in die Motive[28]). Aus ihnen ergibt sich, daß man mit der Formvorschrift das Uebergreifen der Mobilisierung der Aktien auf die Anteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung verhüten wollte; die Anteilsrechte der neuen Gesellschaften sollten nicht zum Gegenstand des Handelsverkehrs werden. Da sich aber der spekulative Handel mit Gesellschaftsbeteiligungen vornehmlich in der Form obligatorischer Geschäfte zu vollziehen pflegte, hielt man es für angebracht, ausdrücklich festzustellen, daß schon der obligatorische Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfe.

Die Bestimmung des § 15 Abs. 4 GmbHGes. beruht also lediglich auf dem Bestreben des Gesetzgebers, jeden Zweifel darüber zu vermeiden, daß schon der obligatorische Vertrag der Form bedürfe. Notwendig wäre sie, wie Fuchs[29]) einleuchtend dargelegt hat, nicht ge-

26) S. 499. vergl. auch Neukamp-Becker Anm. 4 zu § 2 a. E.

27) mir scheint die Neukampsche Auffassung nicht zwingend zu sein. Richtig ist hieran nur, daß die Wechselzeichnung und die Hypothekenbestellung dem Individualrecht angehören, die Begründung der Mitgliedschaft bei einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung dagegen dem Sozialrecht. Das schließt doch aber nicht aus, eine Parallele zu ziehen zwischen den Verpflichtungen zu einem entsprechenden Tun; denn diese, Dritten gegenüber eingegangen, sind doch in beiden Fällen obligatorische.

28) Motive zum GmbHGes. Entwurf I S. 37/38. Entwurf II S. 3729; vergl. ferner RG in JW 03/11.

29) LZ 1926/409 ff. vergl. auch Brodmann GmbH Anm. 3 a zu § 15.

wesen; man müßte auch ohne sie die Formbedürftigkeit der Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils bejahen, weil sonst der Zweck, den § 15 Abs. 3 mit der Formvorschrift verfolgt, hinfällig würde.

Aus dem Vorhandensein einer an sich überflüssigen Gesetzesbestimmung läßt sich aber für eine andere Stelle des Gesetzes, an der eine entsprechende Bestimmung fehlt, ein Gegenschluß nicht ziehen. Insofern erledigt sich also auch dieses von Hachenburg zur Stützung seiner Ansicht vorgebrachte Argument und wir gelangen zu dem Ergebnis, daß alle von ihm vorgebrachten Gründe nicht geeignet sind, von der Richtigkeit der von ihm vertretenen Auffassung, daß der Vorgründungsvertrag nicht der für den Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Form bedürfe, zu überzeugen.

Ebenso wie Hachenburg geht auch Bing[30]) von dem Begründungssatze des Reichsgerichts, daß es keinen formlos begründeten Anspruch auf Vollziehung der Form gebe, wenn der rechtsgeschäftliche Wille nur in einer bestimmten Form anerkannt wird, aus. Diesen Satz erkennt er als richtig an, verneint aber seine Anwendbarkeit auf den Vorgründungsvertrag. Die Form werde hier nicht „nachgeholt". Vielmehr ginge die Verpflichtung der am Vorvertrag Beteiligten dahin, an der — allerdings dann formbedürftigen — Errichtung der Aktiengesellschaft mitzuwirken. Mit dem Beginn der Errichtung setze etwas ganz Neues ein: der Beginn der Gesellschaftsgründung selbst, die schließlich, mit der Eintragung vollendet, zur Schaffung einer juristischen Person führe. Im Vorgründungsvertrage werde eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gebildet, deren Zweck mit dem Beginne der notariellen oder gerichtlichen Verhandlung erreicht sei. Daß dann nach der von ihm vertretenen Auffassung abermals eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts entstehe, sage nichts für das Gegenteil. Denn deren Zweck sei ein anderer, weitergehender: die bereits im Gründungstadium befindliche Aktiengesellschaft zur rechtlichen Entstehung zu bringen.

Wieso hieraus die Formlosigkeit des Vorgründungsvertrages folgen soll, ist nicht ganz klar. Es scheint hier die Auffassung vorzuliegen, als ob allein der Nachweis, daß der reichsgerichtliche Begründungssatz auf den Vorgründungsvertrag nicht anwendbar sei, genüge, um dessen Formfreiheit darzutun. Dem würde es auch entsprechen, daß Bing der Ansicht ist, daß für die Formlosigkeit des Vorgründungsvertrages besonders diejenigen eintreten müßten, die in der Gründung überhaupt keinen Vertrag, sondern einen sozialrechtlichen Schöpfungsakt sehen, also etwas, was seiner rechtlichen Struktur nach mit einem Vorgründungsvertrag und damit einem Vertrag überhaupt nichts zu tun habe.

30) bei Düringer-Hachenburg, Anm. 22 zu § 182.

Eine solche Folgerung ist jedoch nicht richtig. Es soll hier garnicht untersucht werden, ob Bing der erwähnte Nachweis gelungen ist. Selbst wenn man das unterstellt, so folgt hieraus noch nichts für die Formlosigkeit des Vorgründungsvertrages; denn es bleibt dann immer noch die Frage offen, ob nicht der Zweck, den der Gesetzgeber mit der Formvorschrift in § 182 HGB verfolgt hat, die Formbedürftigkeit auch des Vorgründungsvertrages erfordert. Hierüber sagt Bing jedoch nichts.

Schließlich ist innerhalb der Gruppe dieser Schriftsteller noch Schreiber zu erwähnen, der auf ganz anderem Wege als alle anderen zu dem Ergebnis gelangt, daß der Vorgründungsvertrag formlos abgeschlossen werden könne. Schreiber[31]) führt aus, daß die von ihm bekämpfte herrschende Meinung darum für die Formbedürftigkeit eintrete, weil sie der Ansicht sei, daß auf Grund des Vorvertrages im Streitfall der Beklagte gemäß § 894 ZPO „zur Abgabe einer Willenserklärung" verurteilt werden könne und in diesem Falle durch den formlosen Vorvertrag und das Urteil die Form des Gründungsaktes gegenstandslos werde. Diese Argumentation sei unrichtig. Ein Sozialakt sei keine einfache Willenserklärung nach § 894, und derjenige, der eine Gründung einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung tätige, tue sehr viel mehr, als daß er lediglich eine Willenserklärung abgebe. Er übernehme eine schwere Verantwortung vor der Oeffentlichkeit, die deutlich genug in den Gründungsvorschriften der Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden habe.

Deshalb erscheint es Schreiber schon im Interesse des Beklagten nicht angängig, ihn auf Grund eines Vorvertrages kurzerhand zur Beteiligung an einer Gründung zu verurteilen. Es liege hier eines jener höchst persönlichen Momente vor, die den Staatszwang entwaffnen. Das Recht habe zwar die Konsequenzen hieraus nicht gezogen, denn es gäbe hier keine Norm, die etwa dem Verbote der Vollstreckung in das Urheberrecht oder der zwangsweisen Zuführung in den Dienst entspräche; aber es sei wünschenswert, durch richtige Auslegung des Gesetzes zu einem ähnlichen Ergebnis zu gelangen. Dies umso mehr, als sich die vertragsmäßige Beteiligung an einer Gründung nicht im Vollzuge des Gründungsaktes erschöpfe, sondern außerdem eine ganze Reihe persönlicher Handlungen verlange, die sich z. T. durch Vollstreckung garnicht erzwingen ließen. Daher sei in den meisten Fällen dem Kläger mit einer Verurteilung zum Vollzuge des Gründungsaktes nicht geholfen. Es sei deshalb angemessen, die Verurteilung zum Vollzuge eines Sozialaktes überhaupt abzulehnen, weil ein solcher Akt nicht unter die Willenserklärungen falle, die § 894 ZPO voraussetze. Gäbe es aber demgemäß keine Klage auf Abgabe der Gründungserklä-

31) S. 81/82.

rung, sondern nur eine auf Schadensersatz, so sei kein Grund vorhanden, an den Vorgründungsvertrag Formansprüche zu stellen.

Auch aus einem anderen Gesichtspunkte heraus folgert Schreiber die Formlosigkeit des Vorgründungsvertrages[32]). Das Formerfordernis für den Gründungsakt sei nicht deshalb aufgestellt, um Unerfahrene vor Unbesonnenheiten zu bewahren, sondern es handele sich einerseits um eine Publizitätsform, andererseits um den Zwang zur Einholung juristischen Rates bei der Formulierung und um genaue Festlegung des Aktes selber. Diese Zwecke ergriffen aber den Vorgründungsvertrag nicht und folglich könne dieser formlos bleiben.

Allein auch die Begründung Schreibers vermag, wenigstens was ihren ersten Teil anbelangt, nicht zu überzeugen. Die Angriffe, die er gegen die Anwendbarkeit des § 894 ZPO auf den Vorgründungsvertrag richtet, sind schon deshalb unberechtigt, weil die Verurteilung nicht zur Vornahme eines Sozialaktes erfolgt, sondern zur Abgabe einer Willenserklärung, die erst in Verbindung mit denen der übrigen an dem Vorgründungsvertrag Beteiligten den Sozialakt ausmacht[33]). Das vermag aber an ihrem Charakter als Willenserklärung, als einer „auf die Hervorbringung einer Rechtsfolge gerichteten Privatwillensäußerung“[34]) ebensowenig zu ändern wie die Tatsache, daß an ihre Abgabe sich unter Umständen die schweren Folgen der für die Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien gesetzlich festgelegten Gründerverantwortlichkeit knüpfen. Und so hat denn auch das Reichsgericht in RGZ 66/116 eine Verurteilung, „den nach dem Vertrage vom ... in Aussicht genommenen Gesellschaftsvertrag in notarieller Form zu vollziehen“, mit Recht gebilligt[35]).

Es mag sein, daß man bei der Schaffung des § 894 ZPO nicht an Sozialakte gedacht hat, da deren besondere Rechtsnatur erst in neuerer Zeit ausreichend geklärt worden ist. Das hindert aber nicht, diese Bestimmung auf Willenserklärungen, die zusammen mit denen anderer einen Sozialakt ausmachen, anzuwenden. Es ist daher auch die Berechtigung der rechtspolitischen Gründe, die Schreiber anführt, nicht anzuerkennen. Gewiß ist die für die Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien gesetzlich festgelegte Gründerverantwortlichkeit[36]) etwas, was unter Umständen schwere Folgen haben kann. Aber man darf doch nicht außer Acht lassen, daß der Gründer die

32) ebenso im Wesentlichen Ludewig, S. 123.
33) vergl. Feine S. 191 Anm. 16.
34) Enneccerus-Nipperdey, § 136 II A.
35) Zustimmend: Ludewig S. 124; Feine S. 191; Koenige-Teichmann-Koehler Anm. 6 b zu § 182; Scholz § 1, III, 1; Goldschmit Anm. 6 zu § 182; ablehnend Brodmann, AR Anm. 6 c zu § 182.
36) Diese fehlt bei der GmbH. Insofern würde man, wenn man nur die erste Begründung Schreibers im Auge hat, zu einer unterschiedlichen Behandlung der Form des Vorgründungsvertrages bei der GmbH und AG gelangen; ein Ergebnis, das nicht gebilligt werden kann.

Möglichkeit hat, sich gemäß § 202 Abs. 3 HGB von der Haftung zu befreien. Diese Möglichkeit wird ihm aber weder genommen noch erschwert, wenn er nicht auf Grund freiwilliger Mitwirkung als Gründer gilt, sondern weil er als Kontrahent eines Vorgründungsvertrages zur Beteiligung an der Gründung verurteilt worden ist.

Dagegen läßt sich gegen die zweite Begründung Schreibers nichts Triftiges vorbringen. Immerhin bedarf sie einer sorgfältigen Nachprüfung, zumal das Reichsgericht, wenn auch ohne ausführliche Gründe, insofern einen anderen Standpunkt einnimmt, als es die Ansicht vertritt, daß die Formvorschrift auch den Zweck habe, den Beteiligten die Bedeutsamkeit der von ihnen abzugebenden Erklärungen zum Bewußtsein zu bringen und aus dieser Zweckbestimmung Argumente für die Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrages herleitet.

III. *Zusammenfassung.*

Die hiermit abgeschlossene Uebersicht über den Stand unserer Frage in Rechtsprechung und Lehre zeigt also folgendes Bild:

Es stehen sich zwei Ansichten gegenüber, von denen die herrschende unter Führung des Reichsgerichts für die Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrages eintritt. Aber die von ihr vorgebrachten Gründe können nicht überzeugen. Andererseits ist es der Gegenansicht nicht gelungen, die herrschende Lehre zu widerlegen. Von ihren Argumenten bleibt nichts übrig als die fast überall angedeuteten, aber nirgends in befriedigender Weise gelösten Zweifel darüber, ob der Begründungssatz des Reichsgerichts: „Es gibt keinen Anspruch auf Vollziehung der Form, wenn das Gesetz dem rechtsgeschäftlichen Willen nur in der gehörigen Form Beachtung schenkt", auf den Vorgründungsvertrag überhaupt anwendbar ist. Außerdem bedarf die von den Vertretern der beiden Ansichten in verschiedenem Sinne beantwortete Frage, welchem Zweck die Formvorschriften der §§ 182 HGB und 2 GmbHGes. dienen, einer eingehenden Untersuchung.

Das sind die Probleme, deren Lösung die Antwort auf die Frage Formbedürftigkeit oder Formfreiheit bringen muß und die demgemäß im Mittelpunkt der folgenden Erörterungen stehen werden.

2. Abschnitt: Aufbau und Begründung der eigenen Ansicht.

I. *Inhalt und Rechtsnatur des Vorgründungsvertrages.*

Den Ausgangspunkt für den Aufbau und die Begründung der eigenen Ansicht wird naturgemäß eine Untersuchung darüber bilden müssen, was denn den Inhalt eines Vorgründungsvertrages ausmacht und was er seiner Rechtsnatur nach für ein Gebilde ist. Denn es ist einleuchtend, daß die Beantwortung dieser Frage von erheblicher Wich-

tigkeit für die Entscheidung darüber sein muß, ob er der für den sog. Hauptvertrag vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Form unterliegt oder nicht und ob, was im Hinblick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts besonders zu prüfen ist, dessen Begründungssatz: „Es gibt keinen Anspruch ...“ auf ihn anwendbar ist.

Unter einem Vorgründungsvertrage versteht man ganz allgemein den Vertrag, in dem sich die Beteiligten untereinander zur Mitwirkung an der Errichtung einer in ihren Grundzügen festgelegten Aktiengesellschaft verpflichten. Aus dieser, rein von seinem Zweck abgeleiteten Definition ergibt sich für den ihm wesentlichen Inhalt schon recht viel. Denn sie erlaubt uns, unter den vielen und mannigfaltigen Verabredungen, Bindungen und Verpflichtungen, die der Errichtung einer Aktiengesellschaft voranzugehen pflegen, das herauszusuchen, was seiner Rechtsnatur nach tatsächlich zum Vorgründungsvertrage gehört und sein Wesen ausmacht. Nun werden sich allerdings im praktischen Wirtschaftsleben die Vorgänge selten so abspielen, daß eine Aktiengesellschaft ausschließlich auf Grund eines reinen Vorgründungsvertrages errichtet wird; dazu ist die wirtschaftliche Tragweite eines solchen Aktes viel zu erheblich. Die Aktiengesellschaft hat einen großen Kapitalbedarf, der in den meisten Fällen durch Heranziehung des Kreises der kleinen und großen Sparer, die hier ihre Ersparnisse gewinnbringend anlegen wollen, gedeckt werden muß. Schon allein hieraus ergibt sich, daß es in aller Regel mit einem Vorgründungsvertrage nicht getan ist, sondern daß es noch weiterer Verabredungen bedarf, ehe an die Gründung selbst herangegangen werden kann. Diese Verabredungen werden vielfach im Zusammenhang mit dem Vorgründungsvertrag getroffen, ja erscheinen oft nach außen hin mit diesem als ein einheitliches Ganzes. Aber diese Tatsache darf uns nicht hindern, allein den Vorgründungsvertrag selbst zu betrachten und ihn von allem anderen abzugrenzen; denn nur auf ihn, seinen Inhalt und seine Rechtsnatur kommt es hier an.

Vorgründungsvertrag ist, wie sich aus der erwähnten Definition ergibt, zunächst einmal nur das, was zwischen den Gründern, d. h. zwischen den Aktionären, die sich am Abschluß des Gesellschaftsvertrages beteiligen oder andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen machen (§ 187 HGB), verabredet wird[1]. Es scheidet somit aus unserer Betrachtung alles das aus, was man mit Koenige-Teichmann-Koehler[2]) als „vorbereitende Vereinbarungen“ bezeichnen kann und an denen nicht nur die zukünftigen Gründen teilnehmen. Es handelt sich bei ihnen nicht darum, daß die Beteiligten eine feste Bindung bezüglich der Beteiligung an der Errichtung der Gesellschaft selbst

1) So mit Recht die allgemeine Ansicht. Vergl. statt vieler Ludewig S. 121; Düringer-Hach. Anm. 21 zu § 182; a. A. Feine S. 189.
2) Anm. 6 a zu § 182.

übernehmen wollen, sondern nur um sachliche, nicht um rechtliche Voraussetzungen für die Entstehung der Aktiengesellschaft. Es werden hier nur Voraussetzungen geschaffen, die für die Entschließung der Gründer, eine Aktiengesellschaft zu errichten, wesentlich sind. Das können sein Verträge, durch die sich ein Nichtgründer verpflichtet, nach der Gründung Aktien zu übernehmen, oder der Aktiengesellschaft ein Darlehn zu gewähren oder Vermögensgegenstände zu übernehmen und dergleichen mehr. Diese Verträge sollen die Entstehung der Aktiengesellschaft fördern, sollen aber selbst erst wirksam werden, wenn die Gesellschaft tatsächlich gegründet worden ist. Mit dem Vorgründungsvertrage im eigentlichen Sinne haben sie nichts zu tun.

Ebenso ist der sog. Konsortial- oder Begebungsvertrag von dem Vorgründungsvertrage zu unterscheiden[3]). Angesichts des schwankenden Sprachgebrauchs und der Verschiedenartigkeit der Tatbestände, die man unter dem genannten Vertrage versteht, bedarf es eines näheren Eingehens auf seinen Begriff. Man wird am besten Klarheit über ihn gewinnen, wenn man sich die wirtschaftlichen Erwägungen und Zwecke vor Augen führt, die seinem Abschluß zu Grunde liegen.

Die Gründung der Aktiengesellschaft vollzieht sich heute in der weit überwiegenden Zahl der Fälle in der Form der sog. Simultan- oder Einheitsgründung, d. h. die sämtlichen Aktien der Gesellschaft werden von den Gründern übernommen. Der Grund, aus dem diese Form der Gründung die Sukzessiv- oder Stufengründung fast völlig verdrängt hat, liegt nicht zuletzt darin, daß man bestrebt ist, die Umständlichkeit dieser zeitraubenden Gründungsart zu vermeiden und somit zu erreichen, daß die Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister möglichst schnell erfolgt. Den Vorteilen dieser Gründungsart steht allerdings der Nachteil gegenüber, daß die Gründer gleich alle Aktien übernehmen müssen. Gründungen, bei denen von vornherein beabsichtigt ist, daß die Gründer die von ihnen übernommenen Aktien auch in Besitz behalten, sind verhältnismäßig selten; sie kommen hauptsächlich als Familiengründungen vor. In den meisten Fällen wird jedoch schon mit der Gründung beabsichtigt, die Aktien oder doch einen großen Teil derselben in den Verkehr zu bringen und an der Börse einzuführen. Der Durchführung dieses Vorhabens dienen die Begebungs- oder Konsortialverträge[4]).

Es ist einleuchtend, daß die dahingehenden Abreden für die Entschließung, sich als Gründer an der Errichtung einer Aktiengesell-

3) vergl. Düringer-Hachenburg, Anm. 21 zu § 182; Brodmann, AR 6 c zu § 182; Fischer S. 119.

4) Hiermit soll jedoch keineswegs gesagt werden, daß für diese nur dann Raum ist, wenn es sich um eine Simultangründung handelt. Sie können ebenso bei einer Sukzessivgründung geschlossen werden und haben auch hier ihre Bedeutung. Nur weil diese Bedeutung und Wichtigkeit gerade bei der Simultangründung besonders stark hervortritt, ist nur von dieser die Rede.

schaft zu beteiligen, von erheblicher Bedeutung sind; denn sie sind es, die dem einzelnen Aktienübernehmer die Sicherheit geben, daß er nicht etwa die von ihm übernommenen Aktien gegen seinen Willen behalten muß oder sie nur unter Verlusten in den Verkehr bringen kann.

Der Begebungs- oder Konsortialvertrag selbst kann nun ganz verschieden gestaltet sein. Es ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, alle Formen, in denen er auftreten kann, eingehend zu erörtern. Da es sich für uns lediglich darum handelt, ihn vom Vorgründungsvertrage abzugrenzen und zu unterscheiden, genügt eine kurze Darstellung seiner Haupttypen.

Möglich ist zunächst einmal, daß die Gründer selbst die Begebung der Aktien, die sie nicht behalten wollen, in die Hand nehmen. Das kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn sich unter ihnen ein oder mehrere Bankhäuser befinden, die über Emissionskredit verfügen[5]). Hier verkaufen die Gründer einen Teil der von ihnen übernommenen Aktien an diejenigen, die den Emissionskredit besitzen zu einem bestimmten Kurs, während diese ihrerseits wieder untereinander einen Vertrag eingehen können, der die Einzelheiten der Art der Begebung, die Verteilung eines hierbei sich eventl. ergebenden Gewinns usw. näher regelt[6]). Alle diese Vereinbarungen werden von Personen getroffen, die die zukünftigen Gründer der Aktiengesellschaft sind. Und doch handelt es sich hier nicht um einen Vorgründungsvertrag im eigentlichen Sinne; denn diese Verabredungen sind, ähnlich wie die oben genannten „vorbereitenden Vereinbarungen" nicht rechtliche, sondern lediglich sachliche Voraussetzungen für das Entstehen der Aktiengesellschaft, sie sind nur Vorausetzungen für die Entschließung der Gründer, sich an der Gründung zu beteiligen.

Ist unter den Gründern niemand vorhanden, der den notwendigen Emissionskredit besitzt, so muß die Begebung durch Dritte, eine oder mehrere Banken, erfolgen, welche die Aktien fest oder kommissionsweise übernehmen und untereinander wiederum ein Konsortium bilden können[7]). Daß diese Vereinbarungen nichts mit dem Vorgründungsvertrage selbst zu tun haben, ergibt sich schon daraus, daß an ihnen nicht nur die Gründer untereinander beteiligt sind, sondern daß sie von den Gründern mit Dritten abgeschlossen werden. Auch sie bilden nur sachliche Voraussetzungen für die Gründung der Aktiengesellschaft.

---

5) Bondi-Winckler S. 154.

6) vergl. hierzu das Muster bei Bondi-Winckler S. 138 in Verbindung mit dem § 4 des Vertragsmusters S. 136 ff.

7) vergl. hierzu das Muster bei Haußmann S. 154 ff, das allerdings einen Vertrag über die Verwertung von neuen Aktien einer bereits bestehenden AG betrifft; ferner Bondi-Winckler S. 154 ff. und Geiler bei Staudinger, Bd. II 3 S. 1368.

Schließlich sind von dem Vorgründungsvertrage zu unterscheiden die sog. Nebenverträge[8]). Es sind dies nicht Gesellschaftsverträge auf Gründung einer Aktiengesellschaft, sondern, soweit sie hier zum Zwecke der Gegenüberstellung mit dem Vorgründungsvertrage interessieren, Verträge, in denen sich die Gründer zu einer Gesellschaft zusammenschließen, die gewissermaßen den Zweck hat, die künftige Aktiengesellschaft zu erhalten und zu stützen, sei es, daß sich die Gesellschafter verpflichten, der Aktiengesellschaft Kredit zu gewähren, ihr Sachlieferungen zu besonders günstigen Bedingungen zu machen und dergleichen mehr. Derartige Verträge, die neben dem Vorgründungsvertrage und später dem Gesellschaftsvertrage herlaufen, sind insofern auf die Entschließung der Gründer, die Aktiengesellschaft zu errichten, von erheblicher Bedeutung, als durch sie die Existenz und Wirtschaftlichkeit der zu gründenden Gesellschaft in gewissem Umfange sichergestellt wird. Mit dem Vorgründungsvertrage haben sie aber nichts zu tun; auch sie bilden nur eine sachliche Voraussetzung der Entstehung der Aktiengesellschaft.

Haben wir somit aus der Fülle der Verabredungen, Bindungen und Vereinbarungen, die der Errichtung einer Aktiengesellschaft vorauszugehen pflegen, alles das ausgeschieden, was n i c h t zum Vorgründungsvertrage gehört, so bleibt nunmehr auf Inhalt und Rechtsnatur des Vorgründungsvertrages selbst einzugehen. Er ist, wie schon hervorgehoben, der Vertrag, in dem sich die Beteiligten zur Mitwirkung an der Gründung der Aktiengesellschaft verpflichten und als solcher gewissermaßen der Schlußstrich unter alle vorbereitenden Besprechungen. Mit seinem Abschluß soll zwischen den Beteiligten die bindende Verpflichtung zur Mitwirkung entstehen, er soll jedem einzelnen das Mittel sein, die Mitwirkung und Beteiligung des anderen Vertragspartners u. U. erzwingen zu können. Aus diesem seinem Zweck ergibt sich der ihm wesentliche Inhalt. Er muß also, und das ist das Entscheidende und Wichtigste, die Verpflichtung eines jeden Kontrahenten enthalten, sich an dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages der Aktiengesellschaft unter Uebernahme von Aktien in bestimmter Höhe zu beteiligen oder andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen zu machen[9]). Der Vorgründungsvertrag muß ferner, soll er seinem Zwecke genügen und den Abschluß des endgültigen Gesellschaftsvertrages unter Umständen auch ohne die freiwillige Mitwirkung aller an seinem Abschluß Beteiligten ermöglichen, die Grundzüge der geplanten Aktiengesellschaft klar erkennen lassen[10]). Demgemäß muß er,

8) Feine S. 191; Hachenburg Anm. 47 zu § 3; Staub-Pinner Anm. 36 b zu § 182.

9) so ganz besonders deutlich Ludewig S. 121; Fischer S. 119; Koenige-Teichmann-Koehler Anm. 6 b zu § 182; Goldschmit Anm. 2 zu § 182; Feine S. 189.

10) Brand Anm. 7 zu § 182, Schreiber S. 80; Brodmann AR Anm. 6 b zu § 182; GmbH Anm. 5 d zu § 2; Düringer-Hachenburg Anm. 24 zu § 182; Feine S. 189;

soll er materiell gültig sein, die Einigung über alles das enthalten, was § 182 HGB für den notwendigen Inhalt des Gesellschaftsvertrages erklärt, d. h. er muß Bestimmungen treffen über die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien, die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes und die Form der Berufung der Generalversammlung und der Bekanntmachung der Gesellschaftsbeschlüsse. Hiermit ist jedoch nicht gesagt, daß dieser notwendige Inhalt bereits in allen Einzelheiten vollkommen festgelegt und klar bestimmt sein müsse. Wesentlich ist nur, daß er im Streitfalle durch die Entscheidung eines ordentlichen Gerichts oder eines Schiedsgerichts objektiv festgestellt und bestimmt werden kann, daß äußerstenfalls der Richter unter Heranziehung der §§ 315 ff. BGB die fehlenden Bestimmungen ergänzen kann und daß jedem einzelnen Vertragsteil das Maß der von ihm übernommenen Verpflichtungen erkennbar ist[11]). So ist nicht erforderlich, daß das Grundkapital seiner Höhe nach genau bestimmt ist. Es genügt, wenn eine Höchst- und Mindestgrenze angegeben wird und bezüglich der von jedem einzelnen zu übernehmenden Aktien eine Höchstgrenze festgelegt ist. Auch Name und Sitz der zukünftigen Aktiengesellschaft brauchen nicht mit absoluter Sicherheit festzustehen. Es genügt, daß sie aus dem Gesamtinhalt der Vereinbarungen bestimmt werden können[12]). Ob man allerdings so weit gehen kann, die Form der Berufung der Generalversammlung und der von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen in dem Vorgründungsvertrage vollständig unbestimmt zu lassen[13]), erscheint doch als recht zweifelhaft.

Andererseits braucht sich der Inhalt des Vorgründungsvertrages nicht in der Einigung über die angeführten Punkte zu erschöpfen, „er fällt nicht etwa mit den notwendigen Angaben des Gesellschaftsvertrages nach § 182 Abs. 2 HGB zusammen“[14]). Ebensowenig wie sich die Gründer bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrages auf die in § 182 Abs. 2 als seinen notwendigen Inhalt bezeichneten Punkte zu beschränken brauchen, sondern nach ihrem Belieben das Grundgesetz der Gesellschaft innerhalb des gesetzlich Erlaubten gestalten können,

---

Hachenburg Anm. 15 zu § 2; Koenige-Teichmann-Koehler Anm. 6 b zu § 182; Goldschmit Anm. 1 zu § 182; Fischer S. 119; Staub-Pinner Anm. 33 zu § 182; Ludewig S. 122; ROHG 7/274; 9/39; RGZ 41/282; 66/116; 106/117, RG in LZ 08/866; 12/542.

11) vergl. Feine S. 189; Koenige-Teichmann-Koehler Anm. 6 b zu § 182; Brodmann, GmbH Anm. 5 d zu § 2; AR Anm. 6 b zu § 182; Goldschmit Anm. 1 zu § 182; Düringer-Hachenburg Anm. 24 zu § 182; Hachenburg Anm. 15 zu § 2; Staub-Pinner Anm. 33 zu § 182; Scholz Anm. III 1 zu § 1; Ludewig S. 122; RGZ 41/282; 66/116.

12) RG in LZ 08/867; vergl. ferner § 1 des Musters bei Bondi-Winckler S. 136 und § 9 a des Musters bei Haußmann S. 184.

13) so Düringer-Hachenburg Anm. 24 zu § 182.

14) derselbe, a. a. O.

brauchen sie dies bei Abschluß des Vorgründungsvertrages. So kann dieser weiterhin enthalten Bestimmungen über die Zusammensetzung sowie das Gehalt und die Tantiemen des Vorstands und Aufsichtsrats, über Bindungsvereinbarungen über Veräußerung von Aktien, über Kapitalveränderungen, über Auflösung, Liquidation oder eventl. Umwandlung der Gesellschaft und dergl. mehr.

Der Inhalt des Vorgründungsvertrages erweitert sich — ohne daß sich hierdurch etwas in Bezug auf seine rechtliche Beurteilung änderte —, wenn es sich darum handelt, ein bestehendes Unternehmen in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln[15]). Hier müssen Vereinbarungen darüber getroffen werden, was im einzelnen alles unter dem Gesamtbegriff des einzubringenden Unternehmens zu verstehen und wie hoch es als Einlage zu bewerten ist, ob und inwieweit die Schulden übernommen werden, von wann ab das im Betrieb befindliche Unternehmen auf Rechnung der Aktiengesellschaft geführt wird, inwieweit der das Unternehmen einbringende Gründer seinen Mitkontrahenten gegenüber verpflichtet ist, ihnen schon jetzt Einblick in die Bücher zu gewähren, wer die Kosten der Gründung trägt usw.

So verschiedenartig nach Umfang und Inhalt der Vorgründungsvertrag aber auch im einzelnen gestaltet sein mag, eines steht immer im Mittelpunkt: nämlich die Verpflichtung der Beteiligten, unter Uebernahme von Aktien sich an der Feststellung des Gesellschaftsvertrages zu beteiligen oder andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen zu machen, d.h. als Gründer an der Errichtung der Aktiengesellschaft mitzuwirken. Das ist der Kernpunkt des Vorgründungsvertrages, demgegenüber alle anderen Verabredungen, die ja im Grunde genommen diese Verpflichtungen nur näher umgrenzen und die ersten Grundzüge des Statuts der zu errichtenden Gesellschaft enthalten, weitgehend zurücktreten.

Seiner Rechtsnatur nach ist der Vorgründungsvertrag, gegen dessen Zulässigkeit angesichts des im Zivilrecht herrschenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit keinerlei Zweifel bestehen können, ein Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechts[16]). Er ist der Vertrag, in dem sich die Beteiligten als Gesellschafter gegenseitig verpflichten, durch ihr Zusammenwirken einen gemeinsamen Zweck zu erreichen, nämlich die Entstehung einer Aktiengesellschaft. Aus dieser seiner Rechtsnatur ergibt sich aber für die Frage nach seiner Form zunächst einmal, daß er, ebenso wie jeder andere Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechts, grundsätzlich formfrei gültig ist.

---

15) vergl. das Muster bei Bondi-Winckler S. 136 ff.

16) das ist ganz allgemein anerkannt. Vergl. statt vieler Feine S. 190 und die dort Zitierten.

II. *Keine Anwendung der Regeln über den Vorvertrag auf den Vorgründungsvertrag.*

1. Begriff und Form des Vorvertrages.

Mit der zuletzt gemachten Feststellung ist natürlich unser Problem noch nicht gelöst, die Frage nach der Form des Vorgründungsvertrages noch nicht beantwortet. Das folgt schon daraus, daß sich über die Form des Gesellschaftsvertrages des bürgerlichen Rechts nicht mehr sagen läßt, als daß er eben grundsätzlich formfrei ist, was gleichzeitig die Möglichkeit von Ausnahmen und Abweichungen in sich schließt. Immerhin haben wir die Erkenntnis gewonnen, daß es nur ganz besondere Umstände sein können, die eine Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrages bedingen könnten. Demgemäß muß es die Aufgabe der nachfolgenden Darstellung sein, nachzuprüfen, ob derartige Umstände bei dem Vorgründungsvertrage des Aktienrechts vorliegen oder nicht.

Das Reichsgericht und die ihm folgende herrschende Lehre finden solche darin, daß sie den Vorgründungsvertrag im Verhältnis zum Gesellschaftsvertrag des § 182 HGB als Vorvertrag im technischen Sinne ansehen[17]). Daß es sich hier nicht nur um den Gebrauch eines Wortes, sondern um die Unterordnung des Vorgründungsvertrages unter den Begriff des Vorvertrages handelt, ergibt sich besonders deutlich aus der Entscheidung RGZ 43/139, in der das Reichsgericht die Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrages folgendermaßen begründet: „Es folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß, wenn für die Gültigkeit eines gewissen Vertrages gesetzlich eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, auch ein formloses Abkommen auf Eingehung eines solchen Vertrages ungültig sein muß. Es gibt keinen Anspruch auf Vollziehung der Form, wenn das Gesetz dem rechtsgeschäftlichen Willen nur in der gehörigen Form Beachtung schenkt"; denn ein Abkommen auf Eingehung eines Vertrages ist eben ein Vorvertrag. Und wenn Windscheid an der hier vom Reichsgericht zur Stützung seiner Ansicht zitierten Stelle[18]) in Bezug auf die Form des Vorvertrages ausführt, daß die dem Hauptvertrag eigentümlichen Erfordernisse seiner Gültigkeit, und insbesondere das Erfordernis einer etwa gesetzlich vorgeschriebenen Form, für den Vorvertrag dann gelten, wenn das Recht ohne Erfüllung dieses Erfordernisses eine Gebundenheit des Willens überhaupt nicht will, so ist der Satz des Reichsgerichts, „es gibt keinen Anspruch ..." im Grunde genommen lediglich eine Wie-

17) so in RGZ 43/139; 66/120; 106/177; 130/74; RG in LZ 08/866; RG in Recht 1929 Nr. 258; JW 12/341; 13/30; 29/645; Recht 09 Nr. 581. Ebenso ist die Verwendung dieses Begriffes im Bezug auf den Vorgründungsvertrag im Schrifttum ganz allgemein üblich, selbst bei denen, die seine Formbedürftigkeit verneinen.

18) Pandekten Bd. 2 § 310.

derholung der Ausführungen Windscheids, nur daß sie neu formuliert worden sind.

Es ist bereits bei der Besprechung der reichsgerichtlichen Lehre im ersten Abschnitt der Arbeit darauf hingewiesen worden, daß die von ihr vorgenommene Uebertragung von Rechtssätzen aus dem Gebiete des Vorvertrages auf den Vorgründungsvertrag nicht unbedenklich ist, zum Mindesten aber einer Nachprüfung auf ihre Berechtigung hin bedarf. Wenn diese nunmehr vorgenommen werden soll, so wird sie sich, will man eine Grundlage zu dem Vergleiche mit dem Vorgründungsvertrage erhalten, zunächst einmal auf eine Untersuchung darüber erstrecken müssen, was das Wesen und die Rechtsnatur des Vorvertrages ausmacht.

Die Frage, was unter einem Vorvertrag zu verstehen und was sein Anwendungsgebiet ist, ist insbesondere in der älteren Literatur Gegenstand heftigsten Streites gewesen und hat zu der Aeußerung der verschiedensten Meinungen Anlaß gegeben. Es würde den Rahmen unserer Arbeit weit überschreiten, auf alle diese Streitfragen einzugehen, mögen sie sich nun damit befassen, ob der Vorvertrag als einseitiger und als zweiseitiger Vertrag möglich, was seine Causa, ob er ein Vertrag sui generis, ob er nur bei Real- oder auch bei Konsensualverträgen denkbar ist, oder gar damit, ob er überhaupt existiere oder ob es sich bei ihm nicht vielmehr lediglich um ein Gebilde handele, das, ähnlich wie die große Seeschlange, die alle Seefahrer so anschaulich zu schildern wüßten, trotzdem sie niemand jemals wirklich zu Gesicht bekommen habe, überhaupt nicht vorhanden sei[19]). Das wäre auch, was insbesondere auf die zuletzt genannte Streitfrage zutrifft, völlig überflüssig; denn für uns handelt es sich lediglich darum, nachzuprüfen, ob die vom Reichsgericht vorgenommene Unterordnung des Vorgründungsvertrages unter den Begriff des Vorvertrages berechtigt ist, und daher müssen wir schon die Existenz des Vorvertrages unterstellen und können uns damit begnügen, seinen Begriff und Inhalt, so wie er heute ganz allgemein und insbesondere vom Reichsgericht verstanden wird, darzustellen.

Das Wort „Vorvertrag" selbst geht auf Thöl zurück, der es als erster an Stelle des Ausdrucks „pactum de contrahendo" verwendet hat und dem das Schrifttum hierin gefolgt ist[20]). Nach Thöl[21]) ist er „ein Vertrag des Inhalts, daß ein Vertrag geschlossen werden solle, ist also ein gegenwärtiger Vertrag, welcher einen künftigen Vertrag verspricht". Im Anschluß an ihn hat Degenkolb klar herausgearbeitet, daß der Vorvertrag, dessen Objekt das contrahere sei, einen Anspruch auf Abschluß des Hauptvertrages erzeugt. „Es bleibt also, den Ver-

19) so Schloßmann S. 3.
20) vergl. Thöl Anm. 4 zu § 246 (S. 187).
21) S. 187/88.

trag rein in abstracto betrachtet, nur übrig, die aus ihm hervorgehende Verpflichtung zu bestimmen als gerichtet auf das dem betreffenden Vertrage entsprechende Mitwirken zum Vertragsschluß“[22]). Dieser Definition Degenkolbs, dessen Arbeiten für alle Fragen aus dem Gebiete des Vorvertrages grundlegend geworden sind, ist das neuere Schrifttum fast einhellig gefolgt. Ueberall wird er bezeichnet als ein Vertrag, der auf den Abschluß eines zweiten, des Hauptvertrages, gerichtet und dessen Gegenstand der schuldrechtlichen Verpflichtung die Mitwirkung beim Abschlusse des Hauptvertrages ist[23]). Auch das Reichsgericht folgt ihm, wenn es z. B. in RGZ 130/74 sagt: „Insbesondere ist die rechtliche Eigenart des Vorvertrages als eines die Beteiligten zum Abschluß eines inhaltlich hinreichend bestimmten Hauptvertrages in erzwingbarer Form verpflichtenden Parteiabkommens nicht verkannt.“

Aus dieser Definition ergibt sich für das Wesen des Vorvertrages Folgendes: es handelt sich um einen Vertrag, also um ein Rechtsgeschäft, das durch übereinstimmende Willenserklärungen mehrerer Personen zustandekommt und das seiner Rechtsnatur nach obligatorischen Charakter hat; denn es begründet den der Verpflichtung der einen Partei entsprechenden Anspruch der anderen auf die zum Abschluß des späteren Hauptvertrages erforderliche Mitwirkung. Diese besteht in der Abgabe der zum Zustandekommen des Hauptvertrages notwendigen Willenserklärung.

Nichts dagegen ergibt sich aus der Definition dafür, wie dieser künftige Hauptvertrag gestaltet sein soll, ob er ein dinglicher, familienrechtlicher, erbrechtlicher oder, wie der Vorvertrag selbst, nur ein obligatorischer sein kann. Sieht man lediglich den Vertragsbegriff als entscheidend an, so muß man zu dem Ergebnis kommen, „daß die Anwendungssphäre des Vorvertrages rein a priori betrachtet so weit wie der Begriff des Vertrages reicht“[24]), also sämtliche genannten Verträge umfaßt. Allein schon Degenkolb[25]) hat aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Einschränkung auf das Gebiet des obligatorischen Vertrages für notwendig erachtet. Dem ist beizustimmen und zwar nicht nur aus Zweckmäßigkeitsgründen, sondern weil auch das Gesetz juristischer Begriffsbildung hierzu nötigt, denn „es fehlt durchaus an Rechtssätzen, wodurch diese weite Masse gemeinschaftlich sich von allen anderen Rechtsgeschäften unterschiede“[26]). Das entspricht auch der Entwicklungsgeschichte des Vorvertrages aus dem römisch-recht-

22) Degenkolb S. 17.
23) so schon Göppert S. 405; für die neuere Literatur vergl. statt vieler Planck Anm. 4 vor § 145 (S. 385); Oertmann § 154 Anm. 4; Staudinger Bd. I Anm. 8 vor § 145 (S. 609).
24) so Degenkolb S. 20; auch Schloßmann S. 18; vergl. Göppert S. 403/404.
25) S. 21.
26) Göppert S. 404.

lichen pactum de contrahendo, das nur im Gebiete des Schuldrechts galt. Außerdem würde eine weitere Ausdehnung des Begriffes auch dem Sinn des bürgerlichen Gesetzbuchs widersprechen; denn wollte man beispielsweise Vorverträge zu dinglichen Verträgen anerkennen, so müßte man auch in dem Kaufvertrag des § 433 BGB einen Vorvertrag erblicken, da durch ihn die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers gegenüber dem Käufer begründet wird. Eigentum wird gemäß § 929 BGB bei beweglichen Sachen durch Einigung und Uebergabe übertragen, der Kaufvertrag wäre also in Bezug auf den dinglichen Einigungsvertrag ein Vorvertrag, durch den sich der Verkäufer zur Mitwirkung bei der Einigung verpflichtet. Eine solche Argumentation würde letzten Endes dahin führen, daß sämtliche Kausalverträge auch als Vorverträge aufgefaßt werden könnten, ein Ergebnis, das den Grundgedanken des BGB ganz offenbar widerspricht. Der Begriff des Vorvertrages ist also auf das Gebiet des obligatorischen Vertrages zu beschränken, was auch der herrschenden Meinung[27]) und der Ansicht des Reichsgerichts entspricht, dessen Stellungnahme allerdings nicht immer einheitlich war[28]).

So spricht das Reichsgericht z. B. in RGZ 50/82 davon, daß § 873 BGB nur das unmittelbar auf Eintritt der dinglichen Wirkung, insbesondere auch gegenüber Dritten, gerichtete Abkommen, den sog. dinglichen Vertrag, nicht aber den obligatorischen „Vorvertrag" zum sog. dinglichen Vertrage treffe und in RGZ 72/390 von dem obligatorischen Vertrag (Vorvertrag) über die Einräumung eines dinglichen Vorkaufsrechts. Diese Ausdehnung des Vorvertragsbegriffes auch auf dingliche Verträge hat das Reichsgericht dann aber aufgegeben, wenn es in RGZ 86/36 sagt: „Wie bereits erwähnt, gilt nach feststehender Rechtsprechung des Reichsgerichts die Vorschrift des § 873 Abs. 2 nur für die dingliche Einigung, nicht für den (in RGZ Bd. 48 S. 133, Bd. 50 S. 82 als Vorvertrag bezeichneten) schuldrechtlichen Vertrag, durch den eine Verpflichtung zu einer dinglichen Rechtsänderung . . begründet wird." Ebenso hat das Reichsgericht die ursprünglich von ihm vertretene Auffassung, daß auch das Verlöbnis im Verhältnis zum späteren Eheschluß als Vorvertrag anzusehen sei[29]), späterhin aufgegeben, jedenfalls findet sich die Bezeichnung Vorvertrag für das Verlöbnis nirgends mehr[30]).

Zusammenfassend lassen sich der Inhalt und die Merkmale des Vorvertrages dahingehend bestimmen: 1. die von den Parteien erstrebte

---

27) so ausdrücklich Enneccerus-Nipperdey § 153, IV (S. 506); wohl auch Planck, Oertmann und Staudinger (zitiert oben Anm. 23), wo das zwar nicht ausdrücklich festgestellt wird, aber immer nur von obligatorischen Verträgen die Rede ist.

28) vergl. die Uebersicht bei Alzen S. 20/21.

29) so RGZ 20/334; 23/177; 29/98.

30) vergl. RGZ 61/271; 80/89; RG in JW 06/9.

Rechtsfolge ist der später folgende Abschluß eines Vertrages, des Hauptvertrages. 2. durch den Vorvertrag entsteht eine obligatorische Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrages. 3. der Hauptvertrag muß ein obligatorischer Vertrag sein.

Demgemäß können wir den Vorvertrag dahingehend definieren: ein obligatorischer Vertrag, in dem die Parteien die Verpflichtung zum Abschluß eines weiteren, obligatorischen, Vertrages übernehmen.

Bevor wir nun daran gehen, nachzuprüfen, ob sich der Vorgründungsvertrag des Aktienrechts unter den so gewonnenen Begriff des Vorvertrages bringen läßt, ist noch festzustellen, welche Formvorschriften für den Vorvertrag im technischen Sinne bestehen; denn gerade diese sind es ja, die das Reichsgericht und die herrschende Lehre auf den Vorgründungsvertrag angewandt wissen wollen.

Die Frage nach der Form des Vorvertrages ist von jeher eine der umstrittensten aus der Lehre des Vorvertrages gewesen. Es würde hier zu weit führen, auf alle Einzelheiten einzugehen und alle geäußerten Meinungen auf ihre Richtigkeit hin zu untersuchen. Es muß vielmehr genügen, die verschiedenen Möglichkeiten aufzuzeigen und die unserer Ansicht nach der Sachlage entsprechende Lösung näher zu begründen, die, wie sich zeigen wird, mit der heute wohl als herrschend zu bezeichnenden Lehre übereinstimmt.

Aus dem das bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatze der Formfreiheit folgt zunächst einmal, daß der Vorvertrag, wie jeder andere Vertrag auch, im allgemeinen formlos abgeschlossen werden kann und gültig ist. Anders ist das natürlich dann, wenn er entweder nach dem Willen der Parteien in einer bestimmten Form abgeschlossen werden soll oder aber das Gesetz selbst kraft ausdrücklicher Vorschrift eine Form für ihn verlangt. Letzterer Fall liegt z. B. dann vor, wenn der Vorvertrag seinem Inhalte nach Schenkungsversprechen ist.

Wie ist es aber, wenn lediglich der Hauptvertrag, zu dessen Abschluß sich die Parteien in dem Vorvertrag verpflichten, gesetzlich einer Form unterliegt? Die Tatsache, daß der Vorvertrag dem Hauptvertrag gegenüber vollständig selbständig ist und nicht etwa als eine Entwicklungsphase des späteren Hauptvertrages angesehen werden kann, die dieser zwecks Erlangung der erforderlichen Reife zu durchlaufen hat, könnte dazu verleiten, ihn auch im Bezug auf die Form als vom Hauptvertrag vollständig unabhängig zu behandeln. Hierzu kommt im Ergebnis Adler[31]) auf Grund der bestehenden „geradezu klassischen Unabhängigkeit der Gültigkeits- sowie der übrigen Erfordernisse von Vor- und Hauptvertrag". Daß eine solche Argumentation nicht richtig sein kann, ergibt, wie ihr auch allenthalben entgegengehalten wird, die eigenartige Konsequenz, zu der sie notwendigerweise führen muß, daß nämlich die gesetzlichen Formvorschriften

31) S. 224 ff.

hinfällig und umgangen werden würden, wenn auf Grund eines formlosen Vorvertrages der Abschluß eines an die Form gebundenen Hauptvertrages erzwungen werden könnte. Man darf hiergegen nicht einwenden, daß unsere Rechtsordnung einen allgemeinen Satz, wonach jedes in sonst zulässiger Weise zustandegekommene Geschäft, das zur Umgehung von Formerfordernissen geschlossen wird, deshalb nichtig wäre, nicht kennt[32]). Gewiß gibt es einen solchen Satz nicht, aber sein Fehlen schließt doch nicht aus, im Einzelfalle einem Rechtsgeschäft die Gültigkeit zu versagen, wenn es sonst Folgen zeitigen würde, die zu vermeiden der Gesetzgeber für so wichtig hält, daß er sich ausdrücklich durch Aufstellen gesetzlicher Regeln gegen sie ausspricht.

Andererseits darf das Bestreben, eine Umgehung der gesetzlichen Formvorschriften zu verhindern, nicht dahin führen, nun grundsätzlich für jeden Vorvertrag die für den Hauptvertrag vorgeschriebene Form zu verlangen[33]). Das würde vielfach zu Ergebnissen führen, die mit der aufgestellten Formvorschrift zu erreichen dem Gesetzgeber vollständig fernliegt. Man wird vielmehr, und das ist mit Recht heute die herrschende Ansicht, nach dem Zweck der Formvorschriften unterscheiden müssen. Aus ihm heraus rechtfertigt sich die Formbedürftigkeit auch des Vorvertrages dann, wenn das Gesetz ohne die Form eine Willensgebundenheit überhaupt nicht will, wenn die Formvorschrift im Interesse der Parteien gegeben ist, um sie vor unüberlegten Abschlüssen wichtiger Verträge zu bewahren. Ist aber nur die durch den Hauptvertrag bezweckte besondere Gestaltung der beabsichtigten Rechtswirkung von der Form abhängig, ist diese nur im Interesse einer sicheren Feststellung des Willens vorgeschrieben und bezweckt sie somit nur die Schaffung eines Beweismittels, so liegt kein Anlaß vor, schon für den Vorvertrag die Form des Hauptvertrages zu verlangen[34]). Man kann hiergegen nicht einwenden, daß diese Unterscheidung den Fehler habe, „daß sie den Richter im Stich lasse, wenn die Ermittlung der entscheidenden ratio der Formvorschrift Schwierigkeiten begegnet, zumal wenn beiderlei Gründe für den Gesetzgeber maßgebend waren“[35]). Der Wille des Gesetzgebers wird sich aus den Motiven fast immer ermitteln lassen und gerade in dieser Beziehung bilden die Gesetzesmaterialien, ohne daß man im übrigen ihre Bedeutung zu überschätzen braucht, eine besonders wertvolle Erkenntnisquelle. Dient aber die Formvorschrift beiden genannten Zwecken, so erscheint es doch als selbstverständlich, daß dann auch der Vorvertrag der Form des Hauptvertrages unterliegt.

---

32) so Riezler bei Staudinger Bd. I, S. 611.

33) so Planck Anm. 5 zu § 125 (S. 319).

34) Enneccerus-Nipperdey § 153 Anm. 20; Oertmann Anm. 6 zu § 125 (S. 440/41); Göppert S. 414/15; Thöl § 246 bei Anm. 17 (S. 193); vergl. auch Degenkolb S. 37.

35) Adler S. 233.

Mit der herrschenden Lehre stimmt auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts überein[36]), das im Gegensatz zu mehreren Entscheidungen, in denen es ganz allgemein für den Vorvertrag die Form des Hauptvertrages verlangt hatte, in RGZ 86/32 sich dahingehend äußert: „Der Satz, daß der Vorvertrag der Form bedarf, die das Gesetz für den Hauptvertrag vorschreibt (RGZ Bd. 43 S. 139; Bd. 48 S. 186; Bd. 50 S. 48; Bd. 53 S. 239, 260; Bd. 66 S. 120; Warneyer 1913 Nr. 184 S. 222) gilt nicht ausnahmslos, vielmehr bestimmt sich nach Inhalt und Zweck der Formvorschrift, ob sie sich auch auf einen Vorvertrag zu dem formbedürftigen Hauptvertrag erstreckt".

2. *Rechtliche Beurteilung des Gründungsherganges.*

a) Grundsätzliches.

Wir hatten oben als den wesentlichen Inhalt des Vorgründungsvertrages festgestellt, daß er die Beteiligten untereinander verpflichtet, sich unter Uebernahme von Aktien an der Feststellung des Gesellschafsvertrages zu beteiligen oder andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen zu machen, d. h. also als Gründer an der Errichtung der Aktiengesellschaft mitzuwirken. Und wenn wir weiterhin festgestellt haben, daß der Vorvertrag seiner Rechtsnatur nach ein Vertrag ist, durch den die Parteien die Verpflichtung zum Abschluß eines weiteren, obligatorischen, Vertrages übernehmen, so kann es für die Beantwortung der Frage, ob der Vorgründungsvertrag seinem Wesen nach ein Vorvertrag im technischen Sinne ist und demgemäß auch in Bezug auf die an ihn zu stellenden Formerfordernisse den für diesen geltenden Regeln unterliegt, nur darauf ankommen, festzustellen, ob die von den Parteien im Vorgründungsvertrage übernommene Verpflichtung, als Gründer an der Errichtung der Aktiengesellschaft mitzuwirken, ihrer Rechtsnatur nach die Verpflichtung ist, einen obligatorischen Vertrag abzuschließen. Das führt uns zu der äußerst umstrittenen Frage nach der rechtlichen Beurteilung des Gründungsherganges überhaupt. Zwei Ansichten stehen sich gegenüber, die man herkömmlicherweise mit den Schlagworten „Vertragstheorie" und „Kreationstheorie" bezeichnen kann, wobei man sich aber dessen bewußt sein muß, daß man unter dem Begriffe der Kreationstheorie wiederum eine Reihe der verschiedenstartigen Anschauungen zusammenfaßt. Die Vertragstheorie sieht, wie sich schon aus ihrem Namen ergibt, in dem Gründungshergang der Aktiengesellschaft ebenso wie in dem einer jeden anderen Gesellschaft den Abschluß eines gegenseitigen Vertrages, während die Kreationstheorie, um es zunächst einmal ganz neutral auszudrücken, die vertragliche Natur des Gründungsherganges überhaupt leugnet und, je nach den verschiedenen Schattierungen

36) vergl. die Uebersicht bei Alzen S. 27.

innerhalb dieses Sammelbegriffes, von einem „sozialen Konstitutivakt", „konstitutiven Gesamtakt" oder von „körperschaftlichen Gesamtakten oder Gesamtwillenshandlungen" spricht. Die Vertragstheorie ist die ältere und hat sich im Bezug auf die Aktiengesellschaft in erster Linie bei der Beurteilung der Rechtsnatur der Aktienzeichnung entwickelt, während die Kreationstheorie in maßgeblicher Weise durch Gierkes Arbeiten auf dem Gebiete des allgemeinen Körperschaftsrechts beeinflußt worden ist. Die folgende Darstellung der Rechtsnatur der Gründung wird sich mit diesen beiden Auffassungen auseinanderzusetzen haben.

Betrachtet man den Gründungshergang im ganzen nach seiner rechtlichen Seite hin, so läßt sich zunächst einmal ganz allgemein sagen, daß eine Aktiengesellschaft, d. h. eine Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, entsteht, und fragt man sich dann, wie die Entstehung dieser neuen Person vor der Rechtsordnung zu erklären sei, so scheint das Gesetz selbst eine sehr einfache Antwort zu geben, wenn es in § 200 HGB sagt: „Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht". Danach hat es den Anschein, als riefe ein Staatsakt, die Eintragung, die Aktiengesellschaft aus dem Nichts hervor. Eine solche Auslegung des § 200 wäre jedoch verfehlt, denn dieser will lediglich besagen, daß diese Aktiengesellschaft „als solche" noch nicht besteht, d. h. daß sie erst mit der Eintragung in die ihr vom Gesetz zugedachte Rechtsstellung eintritt, nicht aber, daß vorher juristisch ein Nichts vorhanden wäre. Seit den Ausführungen Gierkes[37]) hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, „daß derjenige staatliche Akt, der die Geburt der Körperschaft vollendet, mag er sich nun als Verleihung der Rechtspersönlichkeit oder als Kundmachung nach Erfüllung von Normativbestimmungen charakterisieren, regelmäßig nur die Anerkennung eines bereits vorhandenen Verbandes durch die Rechtsordnung bedeutet, nicht aber seine Neuschöpfung aus dem Nichts"[38]). Kommt aber dem die Geburt vollendenden Staatsakte lediglich eine derartige Bedeutung zu, so muß vorher notwendigerweise etwas vorhanden sein, dem diese Anerkennung zuteil wird und so kann es sich bei der Aktiengesellschaft, die ja nach dem System der Normativbestimmungen ihre Eigenschaft als selbständiges Rechtssubjekt erwirbt, nur darum handeln, einem fertiggeschaffenen sozialen Organismus gegenüber zu bezeugen, daß er allen Anforderungen, die das Gesetz eben durch die Aufstellung der Normativbestimmung an ihn stellt, genüge und nunmehr als selbständiges Rechtssubjekt anerkannt werde. Die Nachprüfung, ob alle Voraussetzungen zu einer Anerkennung gegeben sind, ist Aufgabe des Registerrichters, dem zu diesem Zwecke die in § 195

37) Gen. Th. S. 114 ff. D.P.R. S. 483 ff.
38) Feine S. 155.

HGB aufgezählten Nachweisungen zu machen sind. Der durch ihn erfolgende Staatsakt der Eintragung schafft also nichts Neues, sondern hat im wesentlichen nur deklaratorischen Charakter[39]). Eine gewisse konstitutive Wirkung kommt ihm nur insofern zu, als durch ihn gewisse Beschränkungen, denen der Verband vor der Eintragung noch unterlag, in Wegfall kommen, indem die Rechtsordnung ihm nunmehr erlaubt, sich innerhalb ihrer Grenzen nach den für ihn gesetzten Normen zu bewegen, kurz ihm nunmehr all die Eigenschaften zuerkennt, die man unter dem Begriffe der Rechtsfähigkeit der Aktiengesellschaft versteht. Hieraus folgt, daß die Aktiengesellschaft bereits vor der Eintragung ein Personenverband ist, nur daß sie noch nicht alle Eigenschaften der eingetragenen Aktiengesellschaft besitzt. Die Sachlage ist hier ähnlich wie bei dem nicht oder noch nicht rechtsfähigen Verein, der auch einen körperschaftlichen Organismus darstellt und sich nur graduell und durch die Rechtsform vom eingetragenen Verein unterscheidet und nichts mit der Gesellschaft, die auf einem bloßen Vertragsverhältnis beruht, zu tun hat[40]). Die Aktiengesellschaft ist also vor und nach der Eintragung eine Körperschaft und durch ihre Struktur wesentlich von dem Vertragsverhältnis einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts verschieden.

Aus diesen grundsätzlichen Erwägungen folgt, daß die Frage nach der Rechtsnatur des gesamten Gründungsherganges nur einheitlich beantwortet werden kann, denn er allein ist es, der die Körperschaft aus dem Nichts hervorruft und dann in der Eintragung seinen Abschluß findet, sein Zweck und Endpunkt ist es, die Aktiengesellschaft ins Leben zu rufen, also eine Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit zu bilden.

Wenn auch der Gründungshergang wiederum in mehrere Einzelakte zerfällt, wie die Feststellung der Satzung, die Beitrittserklärungen der Mitglieder, die Schaffung der Organe usw., und diese ihrerseits wiederum mehr oder weniger lange Zeit in Anspruch nehmen können und besonderen Rechtsnormen unterliegen, so sind sie doch nur Teile des gesamten Gründungsherganges, der der Körperschaft die Grundlagen, den Ausbau und alles zur Anerkennung durch die Rechtsordnung Notwendige verschafft, die nur im Zusammenhange mit diesem verständlich sind und ihren Sinn und Zweck haben[41]).

Die Aktiengesellschaft ist ihrer Rechtsnatur nach ein Verein, ihre Gründung daher Vereinsgründung. Wenn nun auch, insbesondere wegen des Charakters der Aktiengesellschaft als Kapitalverein, wich-

39) Gierke Gen. Th. S. 118; DPR S. 490 Anm. 37; Waldecker S. 106 Anm. 1; Feine S. 156.

40) das ist zwar nicht unbestritten, entspricht aber der mit Recht herrschenden Lehre. vergl. Staudinger Bd. I zu § 54, insbesondere Anm. 8; Oertmann Anm. 1 zu § 54.

41) Gierke DPR S. 486.

tige Unterschiede gegenüber dem Verein des bürgerlichen Rechts bestehen, die gerade den Gründungsvorgang so verwickelt machen, so ändert das doch nichts daran, daß es sich hier um eine Vereinsgründung handelt. Deren rechtliche Natur sieht die Vertragstheorie darin, daß ein Vertrag zwischen denen, die den Verein bilden wollen, abgeschlossen werde. Zwar handele es sich bei der Vereinsgründung nicht bloß um Begründung obligatorischer Rechte und Pflichten unter den Vertragschließenden, sondern um einen eigentümlichen Rechtsakt, durch den ein Verein geschaffen werden solle. Allein der Vertrag sei keine Rechtsform, die sich auf obligatorische Verhältnisse beschränke, sondern umfasse alle Rechtsverhältnisse, welche die Vereinbarung mehrerer Personen erfordern. Es handele sich bei der Vereinsgründung nicht um eine Mehrheit einseitiger Willenserklärungen von seiten derjenigen, welche den Verein bilden wollten, sondern um die auf Bildung eines Vereins gerichtete Vereinbarung unter ihnen. Eine solche Vereinbarung sei aber ein Vertrag[42]). Im Ergebnis stimmt damit überein die Stellungnahme Müller-Erzbachs[43]) speziell in Bezug auf die Aktiengesellschaft: gestehe man dem Vorgründungsvertrag die Vertragsnatur zu, so liege kein Grund vor, dem im wesentlichen diese Vereinbarung in der vorgeschriebenen Form wiederholenden Gesellschaftsvertrage diese der natürlichen Auffassung entsprechende Rechtsnatur abzuerkennen. Im übrigen sei, wie bei jedem Vertrage, so auch hier, eine Willenseinigung der sich zur Errichtung Verbindenden eine notwendige und von niemand bestrittene Voraussetzung[44]).

Aus den Ausführungen der Vertreter der Vertragstheorie geht vielfach nicht deutlich hervor, ob sie dem Gründungshergang als Ganzem vertragliche Natur beilegen oder nur die Satzungsfeststellung als Vertrag ansehen, zu der dann weitere Verträge oder sonstige Rechtsgeschäfte hinzutreten sollen. Mit Recht weist Feine[45]) darauf hin, daß die erstere Auffassung schon darum nicht haltbar sei, weil es ein schlechterdings vergebliches Bemühen bleiben müsse, einen so komplizierten und durchaus von körperschaftlichen Normen beherrschten Vorgang, wie etwa die Sukzessivgründung der Aktiengesellschaft, als einheitlichen Vertragsschluß zu erklären. Was aber für die Aktiengesellschaft zutreffe, gelte mehr oder weniger für jede Körperschaft. Andererseits würde die Auffassung, den Gründungshergang in eine Summe von „individualistischen" Rechtsgeschäften aufzulösen, dem Wesen der Körperschaft als einem sozialen Organismus, der sich die Ein-

42) so Planck Anm. 6 zu § 21; Staudinger Bd. I Anm. 6 zu § 25; v. Tuhr S. 476 ff; Enneccerus-Nipperdey § 99 bei Anm. 2; alle mit weiteren Literaturangaben.

43) S. 254/55.

44) ausdrücklich zustimmend Wieland S. 54 Anm. 1; auch Brodmann steht auf dem Boden der Vertragstheorie (AR Anm. 2 zu § 182).

45) S. 160 Anm. 12.

zelnen nicht nebenordnet, sondern sie sich unterwirft, nicht gerecht werden und würde sich außerdem genötigt sehen, anzuerkennen, daß zahlreiche für individualistische Rechtsgeschäfte gegebene Normen auf den Gründungshergang überhaupt nicht passen.

Gänzlich unmöglich ist es aber, die Körperschaftsgründung als einen obligatorischen Vertrag aufzufassen[46]). Das ergibt sich schon rein äußerlich daraus, daß das BGB den Verein im Gegensatz zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht wie diese im Schuldrecht, sondern im Personenrecht geregelt hat. Es sieht also den Verein jedenfalls nicht als obligatorisches Rechtsverhältnis an. Das Wesen des obligatorischen Vertrages liegt aber allein darin, daß er obligatorische Rechte und Pflichten unter den Parteien begründet. Will man die Rechtsnatur eines Vertrages bestimmen, so kann man nur dann zu dem Schluß kommen, daß es sich um einen obligatorischen Vertrag handelt, wenn man festgestellt hat, daß er obligatorische Rechte und Pflichten begründet oder begründen soll.

Wenn Müller-Erzbach[46a]) demgegenüber geltend macht, die Tatsache, daß der Gründungsvertrag sich nicht in dem Begründen von Leistungspflichten erschöpfe, spreche nicht gegen seine obligatorische Natur, weil dann auch der Dienstvertrag kein obligatorischer Vertrag sei — wobei er offenbar an die beim Dienstvertrag bestehende Treupflicht denkt —, so spricht das keineswegs gegen unsere Auffassung; denn das Bestehen der Treupflicht, die ja auch eine obligatorische ist, neben der Hauptleistungsverpflichtung ist bei obligatorischen Verträgen durchaus keine Ausnahmeerscheinung.

Andererseits ist für die Erkenntnis der Rechtsnatur der Gründungsvorgänge nichts gewonnen, wenn man hier den Begriff des Gesamtaktes im Sinne der Lehre von Kuntze einführt, zumal es dieser Anschauung nicht gelungen ist, klar herauszustellen, was eigentlich den Gegensatz zwischen Gesamtakt und Vertrag ausmacht. Kuntze, der als der Schöpfer dieser Theorie angesehen werden kann, definiert den Begriff des Gesamtaktes dahingehend[47]): „Der Gesamtakt ist ein Rechtsgeschäft, sei es ein einseitiges oder zweiseitiges. Er ist ein Zusammen- oder Nebeneinanderhandeln Mehrerer zur Erzielung einer einheitlichen Rechtswirkung im Verhältnis zu Dritten, um ein Rechtsgeschäft Dritten gegenüber oder mit Dritten zu Stande zu bringen, welches nur durch Mitwirkung dieser Mehrerer zu Stande kommt. Er ist ein Rechtsgeschäft, an welchem Mehrere sich beteiligen, ohne sich gegenseitig zu binden, aber um eine von allen gewollte einheitliche Gesamtwirkung gegenüber Dritten hervorzubringen. Er ist eine rechtsgeschäftliche Beteiligung Mehrerer, welche nicht als Parteien sich

46) vergl. oben Anm. 43.
46a) S. 255.
47) Kuntze S. 47.

gegenüberstehen, sondern zusammen eine Partei bilden, oder ein Rechtsgeschäft, an welchem sich mehrere Personen als eine Partei, oder (wenn ein Vertrag beabsichtigt ist) zusammen auf der einen Seite beteiligen. Die mehreren Teilnehmer stehen nicht als Partei einander gegenüber, sondern sie verhalten sich als Parteigenossen zueinander."

Ein solcher Gesamtakt soll, wie Kuntze ausdrücklich hervorhebt[47a]), auch die Gründung der Aktiengesellschaft sein. Den Unterschied zwischen Gesamtakt und Vertrag sieht er also zunächst darin, daß sich die Wirkungen des Vertrages auf die Rechtverhältnisse der Parteien beziehen, während beim Gesamtakt die Wirkungen außerhalb des Rechtskreises der Parteien liegen. Das ist aber allein schon darum nicht zutreffend, weil auch die Verträge zu Gunsten Dritter letztere Eigenschaft aufweisen[48]). Und außerdem entsteht durch die Gründung einer juristischen Person, also einen Gesamtakt im Sinne Kuntzes, nicht nur diese selbst, sondern es entstehen auch die Rechtsverhältnisse der Gründer zu ihr. Unrichtig ist auch die Annahme Kuntzes[49]), daß allein bei gegensätzlichen Interessen der rechtsgeschäftlich Handelnden Verträge, bei gleichgerichteten dagegen Gesamtakte gegeben seien; denn es ist nicht einzusehen, warum eine Interessenübereinstimmung der Parteien, die das Zustandekommen eines Vertrages doch nur begünstigen kann, den Vertragsbegriff ausschließen sollte[50]). Daß auch die übrigen von Kuntze hervorgehobenen Merkmale der Unterscheidung nicht zutreffen, hat Ruth[51]) treffend dargelegt. Man wird daher am besten den Begriff des Gesamtaktes für körperschaftliche Vorgänge überhaupt ausschalten, weil er sonst vollständig verschiedene Dinge umfassen würde[52]) und ihn auf gleichlautende, nicht vertragsmäßige Willenserklärungen Mehrerer beschränken, z. B. Kündigung von seiten mehrerer Mieter, die gemeinsam gemietet haben, Ausübung der Wahl durch mehrere Wahlberechtigte, Genehmigungserklärungen mehrerer Vormünde[53]).

Man wird der Rechtsnatur des gesamten Gründungsherganges am besten dadurch gerecht, wenn man ihn mit Gierke als einen sozialrechtlichen Konstitutiv- oder Gründungsakt ansieht, der eine Körperschaft ins Leben ruft. „Das Wesen desselben besteht in der Hervorbringung eines von den Individuen gesonderten Trägers menschlicher Willensmacht. Die Möglichkeit einer solchen Zeugung beruht auf der sozialen Anlage des Menschen. Indem der Mensch von Hause aus sein

47a) S. 75.
48) das muß Kuntze S. 45 selbst zugeben. Vergl. auch v. Tuhr S. 477; Ruth S. 481.
49) S. 43.
50) Müller-Erzbach S. 255.
51) S. 481.
52) vergl. die Uebersicht bei v. Tuhr S. 477 Anm. 5 und bei Ruth S. 478.
53) vergl. Enneccerus-Nipperdey § 137 II 3.

Dasein zugleich als Einzelleben und als Gemeinleben führt und empfindet, vermag er seinen Willen zu spalten und dem Bereich des Fürsichseins der Einzelwillen ein Gebiet ihrer Verbundenheit zum Gesamtwillen gegenüberzustellen. So produziert er gesellschaftliche Körper, die ein dem Individualwillen der Glieder gegenüber selbständiger Wille des Ganzen durchherrscht und zu einheitlichem Leben befähigt"[54]). „Die Erzeugung von Gemeinwesen erfolgt durch Lebensvorgänge, in denen sich die soziale Schöpfungskraft des Menschen offenbart. Diese Vorgänge gehören der Welt der geschichtlichen Tatsachen an. Sie haben aber, da sie sich durch äußere menschliche Willensaktionen vollziehen, eine der Rechtsordnung zugängliche Seite. Ungleich dem Werden der Einzelwesen wird daher das Werden der Gemeinwesen in größerem oder geringerem Umfange durch Rechtssätze bestimmt"[55]).

Die Gründung gehört also der juristischen Tatsachenwelt an. Die hier vorgenommenen Handlungen streben alle auf ein einheitliches Ziel zu, wollen alle einen bestimmten rechtlichen Erfolg herbeiführen, nämlich die Schaffung einer Körperschaft. Und das macht gerade den Unterschied zu dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrages des bürgerlichen Rechts, daß es sich hier um die Schaffung eines körperschaftlich organisierten Verbandes handelt, der eine mehr oder minder größere Selbständigkeit gegenüber seinen Mitgliedern besitzt und sich nicht, wie der Gesellschaftsvertrag, in bloße Vertragsbeziehungen auflösen läßt[56]).

Unrichtig ist es jedoch, wenn Gierke[57]) meint, daß der sozialrechtliche Konstitutivakt im Individualrecht kein Vorbild habe und daher nicht unter den Begriff irgendeines Rechtsgeschäfts gebracht werden dürfe, denn es ist nicht ersichtlich, warum Rechtsakte, die ein Rechtssubjekt zu erzeugen geeignet sind, aus der Gruppe der Rechtsgeschäfte ausgeschieden werden sollten. Ihre rechtserzeugende Wirkung allein könnte das jedenfalls nicht rechtfertigen[58]). Alle diese Teilakte, die in ihrer Gesamtheit den sozialrechtlichen Konstitutivakt ausmachen, sind vielmehr Rechtsgeschäfte, Willenserklärungen, d. h. auf Hervorbringung von Rechtsfolgen gerichtete Privatwillensäußerungen, aber die Normen des BGB (§ 116 ff.) sind auf sie nicht ohne weiteres anwendbar, da diese typisch individualrechtlichen Charakter tragen. Sie sind vielmehr z. T. nach eigenen, aus ihrer sozialrechtlichen Natur sich ergebenden Grundsätzen zu behandeln, die nicht das Interesse des Einzelnen, sondern das des Verbandes in erster Linie im Auge haben[59]).

54) Gen. Th. S. 24.
55) DPR S. 483.
56) vergl. Feine S. 161.
57) DPR S. 486; vergl. auch S. 283 Anm. 2.
58) Ruth S. 483.
59) Feine S. 162.

Unberechtigt sind jedoch die Einwendungen Brodmanns[60]), daß man Gierke als Vertreter der Kreationstheorie nur in Anspruch nehmen könne, wenn man ihn mißverstehe. Die von ihm zum Beweise hierfür zitierten Stellen lassen einen solchen Schluß nicht zu. Man könnte aus ihnen höchstens entnehmen, daß Gierke, ähnlich wie Düringer-Hachenburg[61]), eine vermittelnde Stellung zwischen Vertrags- und Kreationstheorie einnehme, indem er für ein Nebeneinander von konstitutivem Rechtsakt und Vertrag eintrete. Allein auch eine solche Annahme erscheint angesichts der von Gierke an anderen Stellen so nachdrücklich vertretenen Ansicht, daß der Gründungshergang mit einem Vertrage nichts zu tun habe, unzulässig[62]).

b) Die Feststellung des Gesellschaftsvertrages.

Haben wir uns nach diesen grundsätzlichen Erwägungen dafür entschieden, daß der gesamte Gründungshergang seiner Rechtsnatur nach ein sozialrechtlicher Konstitutivakt ist, der keinerlei vertraglichen Charakter hat, so folgt aus der oben[62a]) dargelegten Einheitlichkeit dieses Herganges, daß auch seine einzelnen Teile nicht etwa Vertragsschlüsse sein können. Das ist im einzelnen im Bezug auf diejenigen von ihnen, die im Zusammenhang mit dem wesentlichen Inhalt des Vorgründungsvertrages interessieren, näher darzulegen, wobei sich Gelegenheit geben wird, weitere Argumente für die Richtigkeit der Theorie des konstitutiven Gesamtaktes beizubringen.

Der Vorgründungsvertrag verpflichtet die Parteien zunächst einmal, an der Feststellung des Gesellschaftsvertrages mitzuwirken. Diese steht als erster Teil an der Spitze des Gründungsherganges. Für die rechtliche Beurteilung der Vornahme dieses Aktes ergibt sich aus dem Gesetz nichts. Insbesondere wäre es verfehlt, aus dem Wort „Gesellschaftsvertrag" irgendwelche Schlüsse auf seine vertragliche Natur zu ziehen; denn es ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß dieser Begriff sich nicht mit dem decken sollte, was das Gesetz bei anderen Körperschaften mit dem Worte Statut (so bei der eingetragenen Genossenschaft) oder Satzung (so beim Verein) bezeichnet[63]). Andererseits erscheint es nicht als angängig, lediglich aus der Tatsache, daß sich die Motive zur Novelle von 1884, durch die die Feststellung des Gesellschaftsvertrages an die Spitze des Gründungsherganges gestellt wurde, zur Begründung hierfür einmal auf Renaud, einen Vertreter der Körperschaftstheorie, berufen, Schlüsse zu ziehen auf eine Stellungnahme des Gesetzes zu Gunsten der Theorie des sozialrechtlichen Konstitutiv-

60) AR Anm. 2 zu § 182.
61) Anm. 20 zu § 182.
62) über die eigenartige Auffassung Gierkes von der Aktienzeichnung vergl. weiter unten Anm. 76, 86.
62a) S. 31.
63) Feine S. 164; Düringer-Hachenburg Anm. 2 zu § 182.

aktes[64]). Aus der, nach Angabe der Motive bewußten, Trennung von Feststellung des Gesellschaftsvertrages und Uebernahme bezw. Zeichnung der Aktien (§§ 182, 188 HGB) kann man nichts weiter folgern, als daß auch bei der Aktiengesellschaft, ebenso wie bei jeder anderen Körperschaft, nach der Ansicht des Gesetzgebers zwei Akte für die Gründung wesentlich sind: nämlich die Einigung über das Grundgesetz und der Beitritt der Mitglieder. Hieraus folgt aber noch nichts für die Rechtsnatur dieser Vorgänge. Allein diese begriffliche Scheidung des Gesetzes bringt die Anhänger der Vertragstheorie in Schwierigkeiten. So sieht Brodmann[65]) in der „Feststellung des Gesellschaftsvertrages" lediglich eine Punktation des künftig abzuschließenden Vertrages und verlegt den Vertragschluß selbst in den Zeitpunkt, in dem nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes die Gesellschaft als errichtet gilt. Allein die Bedeutung der Unterscheidung, die das Gesetz zwischen der Feststellung des Gesellschaftsvertrages und der Errichtung der Gesellschaft macht, kann nicht darin liegen, daß es unterschieden wissen will zwischen der Einigung der Gründer auf den Inhalt des Vertrages und dessen Abschluß; denn daß sich die Parteien vor Abschluß eines Vertrages über seinen Inhalt einigen, ist selbstverständlich und hätte einer besonderen Hervorhebung nicht bedurft.

Daß die Feststellung des Gesellschaftsvertrages weder der Abschluß eines obligatorischen Vertrages noch eines Vertrages überhaupt ist, ergibt folgende Erwägung:

Es liegt durchaus nicht im Willen der Gründer, eine Gesellschaft im technischen Sinne einzugehen, sondern das, was sie mit der Feststellung des Vertrages wollen, ist, den ersten und entscheidenden Schritt zur Gründung der Aktiengesellschaft zu tun. Die Folgen dieses Aktes gehen, wie die des gesamten Gründungsherganges überhaupt, weit über die des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages hinaus, der nur individualrechtliche Beziehungen, d. h. Forderungen und Schulden, unter den Gesellschaftern erzeugt. Er schafft vielmehr der werdenden Körperschaft eines ihrer wichtigsten Elemente, ihr Grundgesetz, und wird damit zur Grundlage für den werdenden Organismus überhaupt. Dieser „Gesellschaftsvertrag" regelt nicht die rechtlichen Beziehungen der an seinem Abschluß Beteiligten untereinander, sondern ihre Rechte und Pflichten gegenüber der Aktiengesellschaft und stellt die Normen über die rechtlichen Verhältnisse der Körperschaft selbst auf. Das, was hier geregelt wird, sind nicht die Beziehungen Gleichgeordneter untereinander, sondern ist die rechtliche Struktur eines

64) so mit ausführlicher Begründung Fischer S. 80 ff. Verfehlt ist aber die Kritik Düringer-Hachenburgs Anm. 2 zu § 182; denn die Auffassung Fischers ist durchaus nicht dadurch bedingt, daß die Motive fälschlich an Stelle von „Gesellschaft" das Wort „Gesellschaftsvertrag" gebrauchen; denn das hat Fischer, ohne es allerdings ausdrücklich festzustellen, erkannt.

65) AR Anm. 1 b zu § 182.

selbständigen Organismus und normiert die Rechte und Pflichten seiner Mitglieder zu ihm. Das zeigt ein Blick auf den Inhalt eines solchen Gesellschaftsvertrages ganz deutlich. Es müssen hier gemäß § 182 HGB Bestimmungen getroffen werden über die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien, die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes, die Form der Berufung der Generalversammlung, die Form der Gesellschaftsbekanntmachungen und es können weiterhin Bestimmungen getroffen werden über die Art der Aktien, über ihre Ausgabe, ihre Einzahlung, über das Stimmrecht, über Sacheinlagen, über besondere Verpflichtungen der Mitglieder gegenüber der Aktiengesellschaft usw.[66]). Die Regelung all dieser Fragen geht den Einzelnen nur an als Mitglied der Körperschaft und diese selbst als Organismus. Durch die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages wird also nur der Normenkomplex geschaffen, nach dem die Aktiengesellschaft ihr rechtliches Dasein führen soll. Die „Feststellung des Gesellschaftsvertrages" ist „weder Vertrag, noch Gesamtakt, noch bloßer Beschluß, sondern bereits für sich sozialrechtlicher Konstitutivakt, da sie für eine künftige Körperschaft das diese beherrschende Grundgesetz, ihre Verfassung, schafft"[67]).

---

66) vergl. die ausführliche Uebersicht bei Gareis S. 215/16.

67) Feine S. 167. Ebenso Gierke DPR S. 150/51, 486; J. v. Gierke HR S. 305; Lehmann AR S. 324; HR S. 397; Lehmann-Hoeniger S. 323; Fischer S. 74 ff.; Staub-Pinner Anm. 2 zu § 182; 4 zu § 188; 20 zu § 189; Waldecker S. 69, 71; Merzbacher-Krakenberg Anm. 1 zu § 2; Goldschmit Anm. 7 zu § 182; Oertmann Anm. 5 vor § 21; Anm. 4 zu § 25; vergl. auch den Beschluß des Kammergerichts in KGJ 43/365: „Satzung ist kein Vertrag, sondern das autonome Grundgesetz des Vereins".

A. A. (Vertrag) Planck, Staudinger, v. Tuhr, zitiert oben Anm. 42; Müller-Erzbach S. 254/55; Brodmann AR Anm. 2 zu § 182; GmbH Anm. 1 zu § 2; Liebmann-Saenger Anm. 12 zu § 2.

Vermittelnd Neukamp-Becker Anm. 1 zu § 11, der „eine ursprüngliche Doppelnatur des Gesellschaftsvertrages als eines Sozietätsvertrages und eines Statuts" annimmt. Aehnlich Düringer-Hachenburg Anm. 20 zu § 182 und Koenige-Teichmann-Koehler Anm. 2 c zu § 182. Aus dem Sozietätsvertrage soll die Verpflichtung zur Mitwirkung an all den Akten folgen, die zur Erlangung der Rechtsfähigkeit notwendig sind.

Allein eine solche Annahme erscheint als durchaus überflüssig. Wenn man schon so weit geht und annimmt, daß der Gesellschaftsvertrag auch den Charakter eines Statutes hat, also das Grundgesetz einer Körperschaft ist, so muß er doch auch insoweit einen Inhalt haben, oder er bleibt eben ein leerer Begriff. Dieser Inhalt kann aber nur sein, die Rechte und Pflichten der Mitglieder gegenüber der Körperschaft zu normieren. Da aber die an der Feststellung des Gesellschaftsvertrages (Statuts) Beteiligten hieran in dem Bewußtsein und mit dem Willen mitgewirkt haben, eine Aktiengesellschaft, d. h. einen rechtsfähigen Verein, ins Leben zu rufen, so ergibt sich eben aus dieser Beteiligung an der Statutfeststellung die sozialrechtliche Pflicht, nunmehr auch mitzuwirken an den zur Erlangung der Rechtsfähigkeit nach dem Gesetz notwendigen Akten. Somit erübrigt sich die Annahme eines neben dem Statut herlaufenden „Sozietätsverhältnisses".

Schließlich sei noch auf einen Gesichtspunkt hingewiesen, der ebenfalls für die Richtigkeit der Theorie des sozialrechtlichen Konstitutivaktes spricht. Für die Beurteilung der Frage nach dem Verhältnis der Aktiengesellschaft zu dem Verbande vor der Eintragung hat sich heute ganz allgemein die sog. Identitätstheorie durchgesetzt, die in der Aktiengesellschaft vor und nach der Eintragung denselben Verband sieht, der nur seine äußere Rechtsform wechselt. Die errichtete und die eingetragene Aktiengesellschaft sind „dieselbe Vergesellschaftung in verschiedenen Entwicklungsstadien, die nur in Bezug auf die noch nicht vorhandene, durch die Eintragung bedingte Rechtsfähigkeit voneinander verschieden sind"[68]). Diese Auffassung entspricht den tatsächlichen Verhältnissen, insbesondere im Hinblick auf die oben[68a]) dargelegte wesentlich deklaratorische Wirkung der Eintragung. Nicht mit Unrecht spricht man hier von einem „nasciturus" im Gebiete der juristischen Person.

Aber es ist mit dieser Auffassung unvereinbar, wenn man die „Vorgesellschaft", d. h. die Aktiengesellschaft vor der Eintragung, als eine Gelegenheitsgesellschaft, eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts charakterisiert, die darauf gerichtet sei, die Aktiengesellschaft zur Entstehung zu bringen[69]). Eine Gelegenheitsgesellschaft kann die Aktiengesellschaft vor der Eintragung schon darum nicht sein, weil sie dann mit der Erreichung ihres Zieles, der Eintragung, untergehen müßte und dann von einer Identität mit der eingetragenen Gesellschaft schlechterdings nicht mehr gesprochen werden kann. Im übrigen ist die Annahme einer Gesellschaft auch darum unmöglich, weil dann dem Eintragungsakte eine Bedeutung beigemessen werden würde, die ihm nicht zukommt; er würde dann nämlich eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in eine Körperschaft verwandeln. Die Eintragung kann aber das Wesen eines Verbandes nicht ändern, und wenn nach der Eintragung eine Körperschaft vorhanden ist, so muß auch vorher etwas vorhanden sein, was seiner ganzen Struktur nach körperschaftlichen Charakter trägt. Das ist aber bei der Gesellschaft nicht der Fall und außerdem könnte bei dem rechtlich so verschiedenen Charakter einer Gesellschaft und einer Körperschaft auch wohl kaum von einer Identität gesprochen werden. Mit Recht hebt daher Gierke[70]) hervor, daß es eine durchaus unrichtige Vorstellung sei, daß die sich successiv vereinigende Gesamtheit bis zu ihrer endgültigen körperschaftlichen Konstituierung eine Sozietät sei, die dann in eine Körperschaft um-

68) RGZ 82/290.

68a) S. 30—31.

69) so trotz Anerkennung der Richtigkeit der Identitätstheorie Hachenburg Anm. 1 u. 2 zu § 11. Staub-Pinner Anm. 4 zu § 182; Koenige-Teichmann-Koehler Anm. 2 zu § 188; Goldschmit Anm. 4 zu § 188; RGZ 58/56; 82/290; 85/377; 105/229.

70) Gen. Th. S. 129 Anm. 2.

schlage. „Die werdende Körperschaft als solche kann niemals eine Sozietät sein."

Erkennt man die Identitätstheorie als richtig an, — und das tut heute die Rechtsprechung und Lehre fast einhellig — und folgert man mit ihr, daß der entstehende Verband mit dem entstandenen (eingetragenen) identisch sei, so muß sich seine körperschaftliche Natur notwendigerweise schon im „embryonalen" Zustand erweisen; dann kann aber die „Feststellung des Gesellschaftsvertrages" ihrer Rechtsnatur nach niemals der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages sein, sondern ist eben, wie oben dargelegt, der sozialrechtliche Konstitutivakt, der der künftigen Körperschaft ihre Verfassung schafft[71]).

c) Die Aktienzeichnung und die Aktienübernahme.

Des weiteren enthält die im Vorgründungsvertrag eingegangene Verpflichtung, als Gründer an der Errichtung der Aktiengesellschaft mitzuwirken, die Verpflichtung der Parteien, Aktien zu übernehmen. Dieser Akt hängt mit der Feststellung des Gesellschaftsvertrages eng zusammen, denn nach § 182 Abs. 1 HGB kann diese nur erfolgen durch fünf Personen, welche Aktien übernehmen. Rechtlich stellt er sich dar als die Begründung der Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft und enthält neben dieser selbst noch ein zweites, nämlich die Aufbringung des Grundkapitals oder eines Teils desselben (so im Falle des § 188 Abs. 2 HGB und bei der Sukzessivgründung). Begrifflich sind diese beiden Dinge zu trennen, tatsächlich sind sie jedoch bei der Aktiengesellschaft und auch bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung untrennbar miteinander verkoppelt: „Nur durch Uebernahme einer Stammeinlage kann jemand Mitglied werden und jeder, der eine Stammeinlage übernimmt, wird dadurch Mitglied"[72]).

Fragt man sich nun, wie diese Mitgliedschaftsbegründung rechtlich zu erklären sei, so ist zunächst eine Feststellung von Wichtigkeit: es ist eine Besonderheit des Aktienrechts, daß die Aufbringung des Grundkapitals und damit die Begründung der Mitgliedschaft auf zwei Wegen erfolgen kann, nämlich in der Form der Simultan- und in der der Sukzessivgründung. Wenn das Gesetz bei der einen von Uebernahme und bei der anderen von Zeichnung spricht, so darf das nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich nicht um zwei innerlich und ihrem Wesen nach verschiedene Rechtsakte handelt, selbst wenn sie in formeller Hinsicht verschieden behandelt werden. Der Gründer, der

71) es kann dahingestellt bleiben, ob die Vorgesellschaft ihrer Rechtsnatur nach nicht-rechtsfähiger Verein ist, so Fischer S. 109; J. v. Gierke HR S. 308; Makower § 188 II b; Lehmann-Ring Anm. 1 zu § 200; Ritter Anm. 2 c zu § 182, Anm. 1 zu § 200, oder weder Verein noch Gesellschaft, sondern „nichteingetragene Aktiengesellschaft", so Feine S. 201; Schreiber S. 36; Ruth S. 537. Entscheidend ist für uns lediglich, daß sie nicht Gesellschaft ist.

72) Feine S. 171.

Aktien „übernimmt“ und der Zeichner, der sie „zeichnet“, wollen dasselbe, nämlich sich mit einem bestimmten Kapitalbetrage an der Aktiengesellschaft als Mitglieder beteiligen. Daß es bei der Uebernahme ein Gründer, bei der Zeichnung aber eine sonstige Person ist, die eine Erklärung abgibt, macht ebensowenig einen Unterschied wie die Tatsache, daß bei der Zeichnung nur Bareinlagen, bei der Uebernahme dagegen Bar- oder Sacheinlagen gemacht werden können; denn sonst müßte die Uebernahme selbst auch wieder verschieden beurteilt werden[73]).

Hieraus folgt, daß die rechtliche Konstruktion für die Uebernahme und die Zeichnung die gleiche sein muß und daß die Grundsätze, welche die Theorie fast ausschließlich in Bezug auf die Rechtsnatur der Aktienzeichnung herausgearbeitet hat, auch auf die hier im Zusammenhang mit dem Inhalt des Vorgründungsvertrages allein interessierende Aktienübernahme anwendbar sein müssen. Eine solche, beiden Arten der Mitgliedschaftsbegründung gerecht werdende Konstruktion bietet aber allein die Theorie des sozialrechtlichen Konstitutivaktes. Auch der Beitritt zu einer Aktiengesellschaft, mag er sich nun in der Form der Aktienübernahme oder der Aktienzeichnung vollziehen, ist ein sozialrechtlicher Konstitutivakt und zwar mit der Feststellung des Gesellschaftsvertrages zusammen der wichtigste für die Entstehung der Gesellschaft überhaupt; denn durch ihn erhält die Aktiengesellschaft das zweite Element, das für sie wie für jede Körperschaft neben der Satzung, ihrem Grundgesetz, zur Entstehung begriffsnotwendig ist: die Mitglieder. Und da wegen ihrer kapitalistischen Struktur mit der Mitgliedschaftsbegründung die Aufbringung eines Kapitalanteiles untrennbar verknüpft ist, verschafft er der Aktiengesellschaft schließlich auch ihr Grundkapital. Die „Feststellung des Gesellschaftsvertrages“ ist, wie wir gesehen hatten, nicht der Abschluß eines Vertrages, sondern die Schaffung der Körperschaftssatzung und ebenso ist der Beitritt weder ein Vertragsschluß noch die Mitwirkung bei einem solchen, sondern eine sozialrechtliche Schöpfungshandlung, durch die bei der Simultangründung die Gründer durch ihr Zusammenwirken untereinander, bei der Sukzessivgründung die Gründer im Zusammenwirken mit den Zeichnern der werdenden Körperschaft ihr zweites Hauptelement, die Mitglieder, verschaffen, indem sie sich durch Unterwerfung unter die Satzung der Korporation deren sozialer Lebenssphäre einordnen.

Die auf den Beitritt zur Aktiengesellschaft abzielenden Willenserklärungen sind bei der Simultangründung nicht an die Mitgründer,

73) Lehmann AR S. 344/45; Lehmann-Hoeniger S. 329; Staub-Pinner § 189 Einltg. u. Anm. 25; RGZ 24/22; RG in LZ 07/220. Gegen die Gleichstellung von Uebernahme und Zeichnung Nübell S. 118 ff., der sich auf die Verschiedenartigkeit der im Gesetz immer im gleichen Sinne gebrauchten Ausdrücke und auf die Verschiedenartigkeit der Form beruft. Hiergegen treffend Brauer S. 39.

bei der Sukzessivgründung weder an die Mitzeichner, noch an die Gründer, noch an beide gerichtet und in beiden Fällen auch nicht an den Verkehr; denn der Verkehr ist keine Person[74]), sondern es handelt sich um einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen. Sie sind lediglich bestimmt, sich mit den Beitrittserklärungen der übrigen zu vereinigen und den einheitlichen Willen zu bekunden, die Aktiengesellschaft zu errichten. Insofern wendet sich der einzelne seinen Beitritt Erklärende auch an die anderen, aber nicht in dem Sinne, daß seine Erklärung als vertragsmäßige von diesen angenommen werde, sondern in dem Sinne, daß er von ihnen als Mitglied anerkannt und daß eine Körperschaft begründet werde, die auf gegenseitig anerkannten Mitgliedschaften beruht.

Diese Anerkennung der Mitglieder untereinander, die bei Beitrittserklärungen im Gründungsstadium notwendig ist und die sonst notwendige Aufnahme seitens der Körperschaft ersetzt, erfolgt bei der Simultangründung durch die Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages seitens der Gründer. Hier bringt die einzelne Erklärung die beabsichtigte Wirkung sofort hervor; denn mit der Uebernahme aller Aktien gilt die Gesellschaft als errichtet (§ 188 HGB). Etwas anders ist die Sachlage bei der Sukzessivgründung. Hier kann die einzelne Erklärung, die Zeichnung, die beabsichtigte Wirkung der Körperschaftsbildung nicht sofort haben, da hier das Grundkapital noch nicht vollständig aufgebracht ist. Vielmehr müssen die Zeichnungserklärungen erst gesammelt werden. Diese Sammlung dieser die Körperschaftsgründung bezweckenden Erklärungen erfolgt durch die Gründer, die nach freiem Ermessen darüber entscheiden können, wer von den Zeichnern an der Gründung der Aktiengesellschaft teilnehmen soll. Die Gründer nehmen also zu dem einseitigen Akt der Zeichnung als Mitwirkungsberechtigte Stellung, sie fungieren gewissermaßen als Zulassungsstelle für die Mitgliedschaftserklärungen. Die Begründung der Mitgliedschaft in der werdenden Körperschaft selbst erfolgt für die Zeichner dadurch, daß ihre Erklärungen in das nach § 195 Ziff. 3 HGB aufzustellende Verzeichnis aufgenommen und bei der Anmeldung der Gesellschaft bei dem Registergericht eingereicht werden[75]). Hierin liegt bei der Sukzessivgründung die notwendige Anerkennung der Mitglieder als solcher untereinander.

Diese Auffassung, die in den Mitgliedschaftsbegründungsakten einen sozialrechtlichen Konstitutivakt sieht und die im Anschluß an Gierke

74) v. Tuhr S. 478.

75) Fischer S. 96; Lehmann AR S. 356; a. A. bezüglich des Zeitpunktes Staub-Pinner Anm. 22 zu § 189; Makower § 189 II b; Brauer S. 50. Die Streitfrage ist für uns ohne Bedeutung, denn sie kann an der Rechtsnatur der Zeichnung als sozialrechtlichem Konstitutivakt nichts ändern, und auf diese Feststellung kommt es hier an.

insbesondere von Lehmann herausgearbeitet worden ist, kann heute als die herrschende angesehen werden[76]). Auch das Reichsgericht, das zuerst auf dem Standpunkte der Vertragstheorie stand[76a]) folgt ihr jetzt[76b]): „Die Aktienzeichnung ist kein gegenseitiger oder zweiseitiger Vertrag. Die Verpflichtungsurkunde des Zeichners ist vielmehr ein rechtserzeugender Akt . . . "[77]).

Ihr gegenüber steht die Vertragstheorie in ihren verschiedenen Schattierungen. Sie ist besonders in der älteren Literatur entwickelt worden, muß aber heute als überholt gelten und wird nur noch vereinzelt vertreten. Es sollen hier nur, ohne auf die vielen Verschiedenheiten in den Auffassungen der Vertreter dieser Ansicht untereinander näher einzugehen[78]), die wichtigsten Konstruktionen kurz skizziert werden.

Witte[79]) bezeichnet die Aktienzeichnung als Eingehung eines Sozietätsgeschäfts. Zweck der Sozietät sei die Gründung eines Aktienvereins. Der Gesellschaftsvertrag werde geschlossen von den Proponenten, Zeichnern und Mitzeichnern. Die vertraglichen Beziehungen der Zeichner zu den Mitzeichnern kämen dadurch zu Stande, daß die Zeichner durch Eingehung des proponierten Geschäfts zugleich ihrerseits Proponenten für die später Beitretenden würden. Durch die Zeichnung sei zwar der Einzelne seinen Mitzeichnern gegenüber verpflichtet, allein diese Rechte seien begründet worden, um auf das zukünftige Rechtssubjekt, die Aktiengesellschaft, übertragen zu werden. Daher sei auf Grund einer fingierten Cession der Anspruch aus der Zeichnung als Recht der entstandenen juristischen Person anzusehen. Brodmann[80]) spricht von einem Gesellschaftsvertrag, gerichtet auf Beteiligung an der Gesellschaft, die entstehen solle angesichts und nach Maßgabe des abgeschlossen vorliegenden Statuts, und der geschlossen werde zwischen den Zeichnern und den Gründern, während man nach Wiener[81]) zwei

76) Lehmann AR S. 344 ff. S. 348 ff; Lehmann-Hoeniger S. 330; Fischer S. 94 ff; Staub-Pinner Anm. 20 zu § 189; Brauer S. 35; Feine S. 172; Merzbacher-Krakenberg Anm. 1 zu § 2; Ruth S. 477; Waldecker S. 168; Oertmann Anm. 5 vor § 21; auch Gierke Gen. Th. S. 124 Anm. 2, DPR S. 487 Anm. 20, der aber in der Aktienzeichnung zugleich ein Element des konstitutiven Gesamtakts und einen Vertrag zu Gunsten der künftigen AG sieht. Darüber unten.

76a) RGZ 2/264.

76b) RGZ 118/274.

77) ob die zwischen diesen beiden Erkenntnissen liegende Rechtsprechung, (vergl. RGZ 79/177 und dort zitierte Entscheidungen) die sowohl von den Vertretern der Kreationstheorie als auch von denen der Vertragstheorie für sich in Anspruch genommen wird, sich für die eine oder andere entscheidet, oder lediglich die Gegenseitigkeit des Vertrages verneint, ist nicht ganz klar.

78) vergl. hierzu die Uebersichten bei Lehmann AR S. 347; Lehmann-Hoeniger S. 330; Nübell S. 106 ff.

79) S. 23/24; ähnlich Jolly S. 353/54; Primker S. 544.

80) Anm. 2 zu § 182.

81) S. 43/44.

verschiedene Gesellschaftsverhältnisse auseinanderhalten muß, nämlich das zwischen den einzelnen Zeichnern und den die Vertragserrichtung Betreibenden und das der Zeichner untereinander, das der betreibende Projektant vermittele. Laband[82]) konstruiert die Aktienzeichnung als einen Innominatkontrakt, als einen zweiseitigen Vertrag (facio ut des) zwischen Zeichner und Gründer. Der Proponent verpflichte sich auf Grund des von ihm bekanntgemachten Gründungsplanes, die Konstituierung der Aktiengesellschaft in der Art zu besorgen, daß der Zeichner nach Maßgabe des von ihm gezeichneten Betrages Mitglied derselben werde, während der Zeichner dem Proponenten die Zahlung der gezeichneten Summe gegen Gewährung des Mitgliedschaftsrechts verspreche. Auerbach[83]) nimmt einen modifizierten Kaufvertrag über Beteiligungspromessen zwischen den als Geschäftsführer ohne Auftrag für die Aktiengesellschaft handelnden Gründern und den Zeichnern an, und schließlich sieht Renaud[84]) in der Aktienzeichnung einen Vertrag zu Gunsten Dritter, der zukünftigen Aktiengesellschaft, aus der diese mit der Entstehung Rechte herleite.

Unsere grundsätzliche Einstellung zu all diesen Versuchen, die Beteiligungsakte bei der Gründung der Aktiengesellschaft auf eine vertragliche Grundlage zu stellen, ergibt sich schon aus den früheren Ausführungen. Die Aktienübernahme und die Aktienzeichnung stellen sich dar als die mitgliedschaftliche und kapitalistische Beteiligung an der werdenden Aktiengesellschaft und sind als solche Teile des konstitutiven Gesamtaktes der Gründung, und ebensowenig wie sich dieser in seiner Gesamterscheinung auf individualrechtliche Verträge zurückführen läßt, ist dies bei einem seiner Teile möglich. Man tut auch dem Willen der sich an der Gründung Beteiligenden Gewalt an, wenn man diesen dahingehend auffaßt, daß sie vertragliche Bindungen untereinander eingehen wollten; denn dieser geht allein dahin, Mitglied bei der werdenden Körperschaft zu werden und diese dadurch zur Entstehung zu bringen.

Im einzelnen ist gegen die angeführten Konstruktionen Folgendes zu sagen:

Gegen einen Gesellschaftsvertrag zwischen den Zeichnern untereinander spricht nicht nur der fehlende Parteiwille, sondern auch die Tatsache, daß die Vertragschließenden nichts voneinander wissen, ihre Zahl unbestimmt und ihre Persönlichkeit gleichgültig ist, während die Konstruktion eines Vertrages zwischen Zeichnern und Gründern daran scheitert, daß für die Gründer selbst keine Rechte aus der Zeichnung entstehen. Die Konstruktion eines Kaufvertrages führt zu der Annahme, daß vor der Entstehung der Aktiengesellschaft ein Be-

82) S. 621.
83) S. 236 ff.
84) S. 242; ebenso Gareis S. 220 Anm. 4.

teiligungsrecht verkauft werden könne gegen Zahlung eines Gegenwertes, durch dessen Aufbringung die Gesellschaft selbst erst entsteht und schließlich spricht gegen einen Vertrag zu Gunsten Dritter, daß die dritte Person, zu deren Gunsten der Vertrag abgeschlossen wird, erst dadurch entsteht, daß das Grundkapital aufgebracht wird, während andererseits die Verpflichtung des Zeichners erst dann gültig wird, wenn die Aktiengesellschaft entstanden ist. Verpflichtung des Zeichners und Entstehung der Aktiengesellschaft stünden dann gegenseitig in einem Verhältnis der Kausalität, so daß ein jedes die Voraussetzung und Ursache der Existenz des anderen wäre, was logisch undenkbar ist[85]).

Fast alle diese Theorien sind in erster Linie aufgestellt, um eine rechtliche Erklärung darüber zu geben, daß die später entstehende Aktiengesellschaft Rechte gegenüber den Zeichnern insbesondere auf Zahlung der Einlagen hat. Allein diese Ansprüche erklären sich ganz zwanglos, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Uebernahme und die Zeichnung die Erklärungen sind, sich mit einem bestimmten Betrage am Grundkapital der Aktiengesellschaft als Mitglied beteiligen zu wollen. Mitgliedschaft und Kapitalbeteiligung sind bei der Aktiengesellschaft untrennbar miteinander verbunden. Der Anspruch auf Zahlung entspringt nicht aus irgendeinem obligatorischen Schuldverhältnis, sondern aus dem sozialrechtlichen Mitgliedschaftsverhältnis[86]).

Schließlich sei noch auf einen Gesichtspunkt hingewiesen, der ebenfalls gegen die Vertragstheorie spricht. Es ist allgemein anerkannt, daß die Beitrittserklärung von dem Beitretenden wegen Irrtums, Betruges oder Zwanges nicht angefochten werden und die Nichtigkeit der Erklärung wegen Vorliegens einer Schein- oder Scherzerklärung oder eines geheimen Vorbehaltes nicht geltend gemacht werden kann. Diesen Grundsatz hatte schon das Reichsoberhandelsgericht ausgesprochen[87]) und das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung an ihm festgehalten. Auch das Schrifttum steht einhellig auf diesem Standpunkt. Die Begründung ist allerdings sehr verschiedenartig und schwankend. Das Reichsgericht hat seine Rechtsprechung eine Zeitlang mit dem rechtspolizeilichen Charakter der Normativbestimmungen über die Gründung der Aktiengesellschaft gerechtfertigt, aus denen sich notwendig der Satz ergäbe, daß die Aktiengesellschaft mit den Rechten zustandekomme, deren Vorhandensein behufs des Zustandekommens der Behörde nachgewiesen werde, sodaß, wer bewußt zu diesem Zwecke seinen Verpflichtungsschein von sich gäbe, entsprechend diesem verpflichtet sei[88]). Später hat es sich dann darauf berufen, daß sich die Uebernahme- und Zeichnungserklärung auch an die Allge-

85) Laband S. 620.
86) das spricht auch gegen Gierke. vergl. oben Anm. 62 und 76.
87) vergl. z. B. ROHG 5/417; 20/270.
88) so im Grundgedanken RGZ 2/133; 9/38; 19/126; 54/129.

meinheit richte und dieser gegenüber die Bedeutung einer Erklärung habe, für die übernommenen Einlagen schlechthin haften zu wollen[89]). Aehnlich folgert Brodmann[90]) die Unanfechtbarkeit daraus, daß die Erklärung abgegeben werde, um eine neue Persönlichkeit zu schaffen. Insofern richte sie sich an alle, sie werde hinausgerufen in die Welt und löse sich heraus aus den subjektiven Beziehungen der Vertragschließenden untereinander.

Am häufigsten sind es aber wirtschaftliche Erwägungen, die gegen eine Anfechtbarkeit der Beteiligungserklärungen geltend gemacht werden. Man stellt die privaten Interessen hinter denen der Allgemeinheit zurück. Diese gewähre der Aktiengesellschaft Kredit im Hinblick auf ihr Aktienkapital, dessen Umfang ihr durch die Veröffentlichung im Handelsregister bekannt sei. Im Interesse der Allgemeinheit dürfe diese Haftungsgrundlage durch Anfechtung nicht eingeschränkt werden[91]).

In dogmatischer Hinsicht können alle diese Argumente nicht befriedigen, denn einmal ist die Allgemeinheit, der Verkehr, keine Person, an die man Willenserklärungen richten kann[92]), und zum anderen führt die Auffassung, daß das Vertrauen der Allgemeinheit auf das Bestehen der Haftungsgrundlage geschützt werden müsse, im Ergebnis dazu, daß man den Eintragungen im Handelsregister die Wirkungen des öffentlichen Glaubens verleiht, die sie im Gegensatz zu denen des Grundbuches nicht besitzen[93]). Eine dogmatische Erklärung für diese rein rechtspolitisch gesehen unzweifelhaft berechtigte Folgerung läßt sich vom Standpunkt der reinen Vertragstheorie aus überhaupt nicht gewinnen und für sie wäre es allein konsequent, wenn sie mit Jolly[94]) zu dem Ergebnis käme, daß Zwang, Irrtum und Betrug die gewöhnlichen Rechtsfolgen hervorbringen, nämlich Anfechtung bezw. Nichtigkeit der durch sie hervorgerufenen Erklärungen, was zur Folge habe, daß eine Aktiengesellschaft rechtlich nie entstanden sei, da es an dem zu ihrem Zustandekommen notwendigen Kapital fehle.

Sieht man dagegen die Beteiligungserklärungen als Teile eines sozialrechtlichen Konstitutivaktes an, gerichtet auf Schaffung einer Aktiengesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, so bietet die Begründung ihrer Unanfechtbarkeit keine Schwierigkeiten. Diese Erklärun-

89) RGZ 79/114; 82/378; ähnlich Staub-Pinner Anm. 25 zu § 189: die Erklärung werde nicht nur den Gründern gegenüber abgegeben, sondern auch dem Verkehr und könne daher nicht so einfach angefochten werden, wie eine einem bestimmten Vertragsgegner abgegebene Erklärung.

90) GmbH Anm. 6 b zu § 2.

91) so z. B. RGZ 57/298; 88/188; Düringer-Hachenburg Anm. 28 zu § 182; Hachenburg Anm. 34 zu § 2; Müller-Erzbach S. 256; Fischer S. 100; Brand Anm. 2 b zu § 188; Nübell S. 142.

92) vergl. oben Anm. 74.

93) so mit Recht Ruth S. 521/22.

94) S. 357/58.

gen sind sozialrechtliche Willenserklärungen und werden als solche nicht abgegeben mit dem Ziel auf einen bestimmten Empfänger, „sondern mit der Bestimmung, sich mit anderen Erklärungen zu vereinigen und von da an ein neues selbständiges Ganzes zu bilden, als Satzungsfeststellung, Mitgliedschaftsbegründung, Körperschaftsbeschluß unabhängig von den Bestandteilen ein neues rechtliches Dasein zu führen“[95]). „In dem einheitlichen, nach außen hin zum Ausdruck kommenden Gesamtwillen gehen die Einzelerklärungen der Beteiligten unter, werden sie absorbiert, und dieser Gesamtwille läßt sich nicht mehr in seine Bestandteile zerlegen und auf die Bestandteile hin analysieren“[96]), und somit entfällt die Möglichkeit, die von den Einzelnen abgegebenen Willenserklärungen anzufechten oder ihre Nichtigkeit geltend zu machen. Diese Möglichkeit, die Unanfechtbarkeit der Beteiligungserklärungen durch die Theorie des sozialen Konstitutivaktes auch dogmatisch befriedigend zu erklären, spricht sehr für deren Richtigkeit und gegen die der Vertragstheorie[97]).

d) Die Uebernahme von Sacheinlagen.

Schließlich kann der Vorgründungsvertrag die Verpflichtung für einen oder mehrere Beteiligte enthalten, sich durch Einbringung von Sacheinlagen an der Gründung der Aktiengesellschaft zu beteiligen. Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn es sich um die Umwandlung eines bestehenden Unternehmens in eine Aktiengesellschaft handelt. Die rechtliche Beurteilung der dahingehenden Erklärung bietet keinerlei Besonderheiten. Auch sie ist ihrem Wesen nach die Erklärung, Aktien zu übernehmen, denn es kann keinen Unterschied machen, ob die Leistung des Uebernehmers in Bargeld oder in Sachwerten besteht, und ist nicht etwa — im Gegensatz zu den sog. Sachübernahmen — der Abschluß eines besonderen Kaufvertrages. Das ist, ganz unabhängig davon, wie die Aktienübernahme im einzelnen rechtlich charakterisiert wird, allgemein anerkannt[98]). Die rechtliche Struk-

95) Feine S. 177.

96) Ruth S. 524/25.

97) diese wird heute noch vertreten von Brodmann, oben Anm. 80; Müller-Erzbach S. 254/55; Wieland S. 55; für die GmbH von Hachenburg Anm. 30 ff. zu § 2; Brodmann Anm. 6 zu § 2; Scholz § 1 Anm. III; wohl auch Liebmann-Saenger Anm. 12 zu § 2; vermittelnd zwischen beiden Theorien auch hier Düringer-Hachenburg Anm. 20 zu § 182; Neukamp-Becker Anm. 1 zu § 1 und Koenige-Teichmann-Koehler Anm. 2 zu § 189, letzterer allerdings mit starker Neigung zur Kreationstheorie. J. v. Gierke HR S. 306/07 sieht in der Uebernahme und Zeichnung einen „sozialrechtlichen Vertrag für die zukünftige Aktiengesellschaft, wobei der Schwerpunkt in der formalisierten kapitalistischen Beitrittserklärung liegt.“

98) Staub-Pinner Anm. 4 zu § 186; Koenige-Teichmann-Koehler Anm. 3 a zu § 186; Brodmann AR Anm. 4 zu § 186; Makower § 186 II c; Ritter Anm. 2 zu § 186; Brand Anm. 3 b zu § 186; Fischer S. 106/07, 124; Goldschmit Anm. 9

tur der Gründungserklärung des Sacheinlegers ist der des Bareinlegers vollständig gleich[99]), und daher nach den Ausführungen unter c) aufzufassen als eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, die abzielt auf den Beitritt zu der Aktiengesellschaft und bestimmt ist, sich mit den Erklärungen der übrigen Gründer zu vereinigen und den einheitlichen Willen zu bekunden, eine Aktiengesellschaft ins Leben zu rufen und ist als solche Teil eines sozialrechtlichen Konstitutivaktes und hat keinerlei vertraglichen Charakter. Der aus ihr entspringende Anspruch der Gesellschaft auf Einlegung der Sachen durch Uebereignung ist kein obligatorischer, sondern ein sozialrechtlicher aus dem Mitgliedschaftsverhältnis.

Wir haben somit die Akte, die vorzunehmen die am Abschluß des Vorgründungsvertrages Beteiligten sich verpflichten, auf ihre rechtliche Natur hin untersucht und sind zu dem Ergebnis gelangt, daß die im Vorgründungsvertrag niedergelegte und dessen wesentlichen Inhalt bildende Verpflichtung, sich als Gründer an der Errichtung der Aktiengesellschaft zu beteiligen, ihrer Rechtsnatur nach die Verpflichtung ist, mitzuwirken bei einem sozialen Konstitutivakt, der seiner Struktur nach wesentlich verschieden ist von dem Abschluß eines obligatorischen Vertrages. Mit dieser Feststellung ergibt sich aber für unsere Frage nach der Form des Vorgründungsvertrages, allein um deretwillen wir ja in all diese Erörterungen eingetreten sind, Folgendes:

Alle Grundsätze und Regeln, die Theorie und Praxis für die Form des Vorvertrages entwickelt haben, sind auf den Vorgründungsvertrag direkt n i c h t anwendbar, weil dieser seiner Rechtsnatur nach nicht Vorvertrag im technischen Sinne ist, denn er verpflichtet im Gegensatz zu jenem die an ihm Beteiligten n i c h t, einen weiteren obligatorischen Vertrag, den Hauptvertrag, einzugehen. Nicht anwendbar auf den Vorgründungsvertrag ist somit auch der aus der Lehre vom Vorvertrag stammende Satz des Reichsgerichts „es gibt keinen Anspruch auf Vollziehung der Form, wenn das Gesetz dem rechtsgeschäftlichen Willen nur in der gehörigen Form Beachtung schenkt", mit dem dieses die Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrages rechtfertigt, und so ist also auch weiterhin kein Grund vorhanden, von dem schon oben S. 22 gewonnenen Ergebnis, daß der Vorgründungsvertrag als Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechts grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden kann, abzuweichen.

---

zu § 186; Crisolli S. 226/27; Lehmann AR S. 551; Feine S. 182; RGZ 2/306; 45/104.

99) Crisolli S. 227; Fischer S. 124; RGZ 45/104.

III. *Keine Formbedürftigkeit wegen des Zweckes der Formvorschrift des § 182 HGB.*

Wir hatten schon oben S. 23 darauf hingewiesen, daß aus der Rechtsnatur des Vorgründungsvertrages als Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechts sich nicht mehr folgern läßt, als daß er eben grundsätzlich formfrei ist, was aber nicht ausschließt, daß nicht besondere Umstände seine Formbedürftigkeit erforderten.

Nachdem wir nunmehr festgestellt haben, daß sich entgegen der Ansicht des Reichsgerichts solche nicht aus seiner Eigenschaft als Vorvertrag herleiten lassen, da er eben ein solcher nicht ist, bleibt nunmehr noch zu untersuchen, ob nicht eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Vorvertrag auf ihn sich rechtfertigen läßt, oder ob der Zweck der Formvorschrift des § 182 HGB nicht auch eine Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrages erfordert, was im Ergebnis auf dasselbe hinausläuft, denn die Form des Vorvertrages ist, wie wir gesehen haben, in weitem Umfange von dem Zweck der für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Form abhängig[99a]).

Schon das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch vom Jahre 1861 enthielt das Erfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, indem es in Art. 208 Abs. 2 vorschrieb: „Ueber die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages (Statuts) muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden", während es in Abs. 3 für die Aktienzeichnung eine schriftliche Erklärung genügen ließ. Fragt man sich nun, welche Gründe für eine solche Regelung maßgebend gewesen sind, so ergibt sich hierfür aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift Folgendes: Schon der preußische Entwurf, der neben dem österreichischen den Beratungen der Nürnberger Konferenz zu Grunde gelegen hat, bestimmte in seinem Art. 181 Abs. 2 u. 3: „Der Gesellschaftsvertrag muß von den Gründern der Gesellschaft vor einem Notar abgeschlossen werden. Die übrigen Gesellschafter können ihre Beitrittserklärungen zum notariellen Vertrag durch eine schriftliche Urkunde abgeben"[100]). In den Motiven wurde das Erfordernis der notariellen Beurkundung folgendermaßen begründet: Zum Schutze des Publikums und der späteren Aktienzeichner ist zunächst die sichere Feststellung der Bedingungen des Gesellschaftsvertrages erforderlich; der notarielle Abschluß gibt zugleich eine Gewähr, daß der Gesellschaftsvertrag den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend abgefaßt wird, auch muß die Echtheit des Vertrages feststehen, ehe er zur landesherrlichen Genehmigung (Registrierung) vorgelegt werden kann. Für den nachherigen Beitritt der übrigen Gesellschafter empfiehlt es sich, die umständlichere und kostspieligere notarielle Auf-

99a) oben S. 27—29.
100) Protokolle, Beilageband 1 S. 33.

nahme nicht zu erfordern, sondern die einfache schriftliche Form für ausreichend zu erklären[101]).

Der Art. 181 des preußischen Entwurfs ist, soweit er hier interessiert, in der ersten Lesung angenommen worden, nur hat man, weil die Notare nicht überall in Deutschland die gleichen Amtsbefugnisse hatten, auch die gerichtliche Beurkundung für zulässig erklärt. Daß die gerichtliche oder notarielle Form aus den in den preußischen Motiven genannten Gründen erforderlich sei, ist allgemein anerkannt worden. Andere Gründe, die das Formerfordernis rechtfertigen könnten, sind nicht zur Sprache gekommen[102]).

In der zweiten Lesung[103]) ist dann vorgeschlagen worden, von der gerichtlichen oder notariellen Form überhaupt abzusehen, da vielfach die Gründung einer Aktiengesellschaft in der Art vor sich ginge, daß die Gründer anfangs lediglich einen Prospekt aufstellten, auf Grund dessen die Zeichnungen gesammelt würden und in dem enthalten sei, daß die Zeichnenden sich den nach Maßgabe des Prospektes zu errichtenden Statuten unterwürfen, worauf erst dann, wenn das Kapital gedeckt und die staatliche Genehmigung erfolgt sei, eine Generalversammlung berufen, durch diese das Gesellschaftsstatut definitiv festgestellt und der Gesellschaftsvertrag errichtet werde. Hier genüge eine schriftliche Fixierung des Gesellschaftsvertrages, weil die Anwesenheit der Beteiligten bei dem Akte der Errichtung ausreichende Garantien biete.

Dieser Vorschlag ist jedoch abgelehnt worden und im übrigen ist hier nochmals betont worden, daß über das Statut der Gesellschaft wenigstens von einigen Personen eine notarielle oder gerichtliche Urkunde errichtet werden müsse, weil sonst kein Dritter, sei er ein Aktionär oder ein Gläubiger der Gesellschaft, sicher sein könne, daß sich an den Bestimmungen, auf Grund deren er sich zur Zeichnung oder zum Kreditieren veranlaßt gesehen, nicht nachträglich etwas geändert habe und daß eine Urkunde über den Inhalt der künftigen Verträge zum Zwecke der Herstellung eines unveränderlichen, jedem Beteiligten zugänglichen Beweismittels über diejenigen Modalitäten, auf welche hin die Aktionäre den Beitritt zugesichert oder vollzogen hätten, errichtet werden müsse.

Das sind die Gründe, die dafür maßgebend gewesen sind, daß das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch für die Errichtung des Gesellschaftsvertrages die gerichtliche oder notarielle Form verlangte, und dieses Formerfordernis hat das Gesetz bis heute beibehalten. Wie sehr auch im Laufe der Zeit gerade die aktienrechtlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches geändert und reformiert worden sind, in

101) vergl. Primker S. 533. Die Motive des preußischen Entwurfs selbst waren mir nicht zugänglich.
102) vergl. Protokolle Bd. 1 S. 316.
103) Protokolle Bd. 3 S. 1035—1037.

Bezug auf dieses Erfordernis sind sie immer unverändert geblieben, weil eben der Gesetzgeber die schon in den Beratungen der Nürnberger Konferenz geltend gemachten Gründe als stichhaltig ansah. Zu diesem Schluß muß man notgedrungen kommen, weil sonst das Festhalten an der Formvorschrift völlig unverständlich wäre, zumal niemals, weder bei der Aktienrechtsnovelle von 1884 noch bei den Entwürfen von 1896 und 1897, die schließlich zu der Neufassung des Handelsgesetzbuches in der heutigen Gestalt geführt haben, neue Gründe geltend gemacht worden sind.

Und in der Tat sind andere Gründe für die Formvorschrift auch kaum denkbar, insbesondere erscheint die Annahme, daß die Formvorschrift im Interesse der Gründer selbst gegeben wäre, um sie zur ruhigen Ueberlegung anzuhalten und vor übereilter Vornahme von Handlungen zu schützen, die sich in ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung und Tragweite nicht so ohne weiteres übersehen lassen, verfehlt. Die Gründung einer Aktiengesellschaft ist kein Geschäft des täglichen Lebens, das von jedermann vorgenommen wird. Das ergibt sich schon aus dem Wesen der Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft. Es ist bereits oben[104]) darauf hingewiesen worden, daß der Gründungshergang sich heute fast ausschließlich in der Form der Simultangründung abspielt, wo sämtliche Aktien von den Gründern übernommen und erst später, nach Beendigung der Gründung selbst, durch Begebung unter das große Publikum gebracht werden. Als Gründer treten hier nur wenige Personen auf, meist nur die im Gesetz als Mindestzahl erforderten fünf. Da diese wenigen aber das gesamte Aktienkapital aufbringen müssen, so ergibt sich hieraus zwangsläufig, daß sich der Kreis der Gründer nur aus kapitalkräftigen Personen zusammensetzen kann. Als solche kommen aber in erster Linie Kaufleute im Sinne des § 1 HGB in Betracht, insbesondere Banken, die an dem Emissionsgeschäft interessiert sind.

Aber auch bei der heute nur noch selten vorkommenden Sukzessivgründung ist die Sachlage kaum anders. Gewiß ist es theoretisch denkbar, daß fünf ungewandte und geschäftsunerfahrene Personen unter Uebernahme weniger Aktien an die Feststellung des Gesellschaftsvertrages gehen. Aber praktisch wird ein solcher Fall nicht vorkommen, weil hier keine Aussicht besteht, die Gesellschaftsgründung jemals zu Ende zu bringen. Denn das große Publikum, das doch zur Aufbringung des Kapitals herangezogen werden muß, wird schwerlich Aktien einer Gesellschaft zeichnen, deren Gründer nicht ein gewisses Vertrauen besitzen und die Gewähr dafür bieten, daß ein Unternehmen entsteht, das im Wirtschaftskampf bestehen kann. Demgemäß werden auch bei der Sukzessivgründung im Wesentlichen nur Kaufleute als Gründer auftreten.

104) S. 18.

Der Kreis der bei der Gründung einer Aktiengesellschaft Beteiligten, mag sich diese nun in der Form der Simultan- oder Sukzessivgründung vollziehen, ist also beschränkt. Als Gründer kommen fast ausschließlich Kaufleute in Betracht, also Personen, die höchst geschäftsgewandt und erfahren zu sein pflegen und bei denen es nicht notwendig ist, sie durch Aufstellen von Formvorschriften vor übereilten Handlungen zu bewahren. Die geringere Schutzbedürftigkeit der Kaufleute erkennt ja auch das Handelsgesetzbuch an, wenn es sie im § 350 von dem im Bürgerlichen Gesetzbuch für die Bürgschaft, das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis aufgestellten Formvorschriften, die zum Schutze der sich Verpflichtenden vor Uebereilung dienen, befreit.

Aber ganz abgesehen davon, daß die als Gründer in Betracht kommenden Personen solche sind, die eines besonderen Schutzes nicht bedürfen, ist auch nicht einzusehen, wieso die Beteiligung an der Gründung einer Aktiengesellschaft eine Rechtshandlung von derartiger Tragweite wäre, daß diese den sie Vornehmenden dadurch zum Bewußtsein gebracht werden müßte, daß man sie durch den Zwang, bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrages die gerichtliche oder notarielle Beurkundung einzuhalten, zur ruhigen Ueberlegung anhält. Die zunächst einmal aus der Beteiligung an der Gründung folgende Verpflichtung, die übernommenen Aktien in bar oder in Sacheinlagen einzuzahlen, könnte das jedenfalls nicht rechtfertigen, selbst wenn die Verpflichtung rein ziffernmäßig noch so erheblich ist. Denn der Gedanke, die Gültigkeit einer ihrer wertmäßigen Höhe nach besonders großen Verpflichtung von der Einhaltung einer besonderen Form abhängig zu machen, ist unseren Gesetzen fremd[105]).

Aber auch mit der aus der Beteiligung an der Gründung folgenden Gründerverantwortlichkeit könnte ein derartiger Zweck der Formvorschrift nicht begründet werden. Gewiß ist diese etwas, was unter Umständen schwere Folgen haben kann. Aber die Voraussetzungen, unter denen die in § 202 HGB vorgesehene Schadensersatzpflicht eintritt, sind doch derartig klar festgelegt, daß es auch dem Geschäftsungewandtesten ein Leichtes ist, bei geringer Aufmerksamkeit diese Folgen zu vermeiden, und zum anderen wird auch durch die Exculpationsmöglichkeit die Schwere der Gründerverantwortlichkeit so erheblich gemindert, daß es nicht notwendig erscheint, ihr Bestehen durch eine besondere Formvorschrift den Gründern zum Bewußtsein zu bringen.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich also, daß es nicht der Zweck der Formvorschrift des § 182 HGB sein kann, die Gründer zur ruhigen Ueberlegung anzuhalten, damit sie sich klar werden über die Trag-

105) § 311 BGB gehört nicht hierher, denn hier besteht das Formerfordernis ganz unabhängig von dem Werte des „gegenwärtigen Vermögens".

weite der Handlungen, die vorzunehmen sie im Begriffe sind[106]). Wenn im Gegensatz hierzu das Reichsgericht[107]), allerdings in Bezug auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, betont, die Formvorschrift habe auch den Zweck, den Beteiligten die Bedeutsamkeit der von ihnen abzugebenden Willenserklärungen zum Bewußtsein zu bringen, so ist das eine Auffassung, die ungerechtfertigt ist. In RGZ 54/419 führt das Reichsgericht aus, es sei „im Laufe der Beratungen des Entwurfs aus wohlerwogenen Gründen, um die Bedeutsamkeit der bezüglichen Willenserklärungen den Beteiligten zum vollen Bewußtsein zu bringen, das Erfordernis festgesetzt worden, daß der Gesellschaftsvertrag des Abschlusses in gerichtlicher oder notarieller Form bedürfe". Hierzu ist Folgendes zu sagen: Die beiden Entwürfe des GmbH-Gesetzes enthielten in ihren §§ 2 lediglich das Erfordernis der Schriftform, das damit begründet wurde, daß der Gesellschaftsvertrag als die dauernde, auch Dritten erkennbar zu machende Grundlage der Gesellschaftsverhältnisse, nicht anders als schriftlich geschlossen werden könne. Diese Schriftform sei aber genügend, da es mit Rücksicht auf die einfachere Struktur des Gründungsherganges im Gegensatz zur Aktiengesellschaft an einem Bedürfnis für die gerichtliche oder notarielle Beurkundung fehle[108]). Die heutige Fasung des § 2 GmbHGes. beruht auf den Beratungen der Reichstagskommission, die ihre vom Entwurf abweichende Stellungnahme lediglich durch den einen Satz rechtfertigt: „Der Gesellschaftsvertrag bildet die rechtliche Grundlage der Gesellschaftsverhältnisse, durch denselben wird der Betrag der Stammeinlagen und damit die Haftung jedes Gesellschafters festgestellt; dadurch ist die Vorschrift der gerichtlichen oder notariellen Errichtung gerechtfertigt"[109]). Hier, und auch an keiner anderen Stelle, findet sich also auch nur ein Wort von dem, was das Reichsgericht[110]) als den Zweck des Formerfordernisses angibt. Aus alledem ergibt sich, daß sich die vom Reichsgericht vertretene Auffassung weder für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung noch für die Aktiengesellschaft aus den Motiven oder tatsächlichen Verhältnissen rechtfertigen läßt.

Der Zweck der Formvorschrift des § 182 HGB ist also nicht, die Beteiligten vor Uebereilung zu schützen, sondern er liegt auf einem ganz anderen Gebiete. Der Grundsatz der Publizität, der die Gesetzgebung des Normativsystems beherrscht, verlangt, daß alle Hergänge des Gesellschaftslebens, die für das große Publikum von Wichtigkeit sein können, zur öffentlichen Kenntnis gebracht werden, damit einer-

106) gegen eine derartige Auffassung von dem Zweck der Formvorschrift ausdrücklich Schreiber S. 82; Ludewig S. 123.
107) RGZ 54/419; 66/120.
108) vergl. GmbHGes. Entw. 1 S. 47; Entw. 2 S. 3733.
109) Bericht der XXV. Kommission des Reichstags. Drucksachen des Reichstags, 8. Legislaturperiode, I. Session, 1890/92 S. 4007.
110) in RGZ 54/419; auch RGZ 66/120.

seits diejenigen, die als Gläubiger oder Mitglieder in rechtlichen Beziehungen zur Gesellschaft stehen, ihr Verhalten zu dieser danach einrichten, andererseits diejenigen, die in rechtliche Beziehungen zu ihr treten wollen, sich die notwendige Aufklärung über die Lage der Gesellschaft verschaffen können. Der Verwirklichung dieses Grundsatzes dienen in erster Linie das Handelsregister und die durch die Registerbehörde erfolgenden Veröffentlichungen. Um die Echtheit der auf diesem Wege an die Oeffentlichkeit gelangenden Erklärungen zu sichern, verlangt § 182 HGB für die Errichtung des Gesellschaftsvertrages die gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Die hier vorgeschriebene Form ist also Publizitätsform, gegeben im Interesse der Allgemeinheit[111]).

Haben wir somit als den alleinigen Zweck der in § 182 HGB vorgeschriebenen Form erkannt, daß sie durch Vermittlung des Handelsregisters dazu dienen soll, der Oeffentlichkeit sichere und zuverlässige Nachricht über die Verhältnisse der Gesellschaft zu geben, so ergibt sich für unsere Frage, ob dieser Zweck auch eine entsprechende Form des Vorgründungsvertrages bedingt, Folgendes:

Die durch die Form des § 182 erstrebte Publizitätswirkung wird nicht dadurch vereitelt, daß der Vorgründungsvertrag ohne diese Form abgeschlossen wird. Denn dieser verpflichtet ja die an ihm Beteiligten, mitzuwirken an der Feststellung des Gesellschaftsvertrages in der Form des § 182. Da aber durch eine einmalige gerichtliche oder notarielle Beurkundung die Publizitätswirkung erreicht wird, kann der Vorgründungsvertrag formlos bleiben.

Nach alledem kann auch der Zweck der Formvorschrift des § 182 HGB nicht als besonderer Umstand angesehen werden, der die Formbedürftigkeit des Vorgründungsvertrages erfordere, und es bleibt, da andere besondere Umstände nicht ersichtlich sind, bei dem Ergebnis, daß dieser als Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechts grundsätzlich formfrei ist.

111) Lehmann AR S. 296; HR S. 399; Koenige-Teichmann-Koehler Anm. 2 d zu § 182; Düringer-Hachenburg, Einleitung S. 73/74; Wiener S. 35; Ludewig S. 123; Schreiber S. 82.

Schluß.

Zusammenfassend läßt sich über das Ergebnis unserer Untersuchungen Folgendes sagen: Der Vorgründungsvertrag ist der Vertrag, in dem sich die Beteiligten zusammenschließen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, der Errichtung einer Aktiengesellschaft, wobei die Grundzüge der Verfassung der zukünftigen Gesellschaft und die Beteiligung eines jeden Vertragspartners an ihr in dem Vertrage festgelegt werden. Seiner Rechtsnatur nach ist er ein Gesellschaftsvertrag des bürgerlichen Rechts und kann als solcher grundsätzlich ohne Form gültig abgeschlossen werden. Hieran ändert sich nichts durch die Tatsache, daß § 182 HGB für die Feststellung des Gesellschaftsvertrages und die Uebernahme der Aktien die gerichtliche oder notarielle Beurkundung erfordert. Denn einmal ist der Vorgründungsvertrag seinem Inhalt und Wesen nach nicht Vorvertrag im technischen Sinne, denn er verpflichtet die an ihm Beteiligten nicht zum Abschlusse eines obligatorischen Vertrages, wenn sie in ihm die Verpflichtung eingehen, als Gründer an der Errichtung der Aktiengesellschaft mitzuwirken, weil die Feststellung des Gesellschaftsvertrages und die Aktienübernahme keinerlei vertraglichen Charakter haben und zum anderen ist der Zweck, den das Gesetz mit der Formvorschrift des § 182 HGB erreichen will, kein solcher, der, soll die mit ihm erstrebte Wirkung nicht vereitelt und illusorisch werden, auch für den Vorgründungsvertrag die Form des § 182 erfordert. Aus der Formvorschrift des § 182 HGB läßt sich also in keiner Beziehung etwas herleiten für die Frage nach der Form des Vorgründungsvertrages. Sie ist hierauf ohne jeden Einfluß.

Hiermit ist jedoch lediglich gesagt, daß der Vorgründungsvertrag aus aktienrechtlichen Gesichtspunkten heraus stets formfrei ist. Unberührt bleiben selbstverständlich die allgemeinen Vorschriften über die Form der Rechtsgeschäfte. Enthält also der Vorgründungsvertrag etwa die Verpflichtung einer Partei, ein Grundstück in die Aktiengesellschaft einzubringen, oder ist die in ihm übernommene Sacheinlageverpflichtung tatsächlich die Verpflichtung, das gesamte Vermögen einzubringen, so unterliegt der Vorgründungsvertrag insoweit der für die betreffenden Rechtsgeschäfte im bürgerlichen Gesetzbuch vorgeschriebenen Form.

Lebenslauf.

Ich, Heinz Franz Paul Otte, bin am 25. Oktober 1910 zu Burg b. M. als Sohn des Fabrikbesitzers Fritz Carl Ludwig Otte und seiner Ehefrau Elsbeth, geb. Wolf, geboren.

Ostern 1917 wurde ich eingeschult und besuchte zunächst 3 Jahre lang die Vorschule meiner Heimatstadt, um dann Ostern 1920 auf das Staatliche Viktoria-Realgymnasium daselbst überzusiedeln. Dort bestand ich im Februar 1929 die Reifeprüfung.

In der Folgezeit studierte ich dann Rechtswissenschaften an den Universitäten München, Berlin und Halle. wo ich Vorlesungen bei den Professoren Aubin, Beling, Beyerle, Bilfinger, Boehmer, Dersch, Dyroff, Finger, Fleischmann, Goldschmidt, Grueber, Grünfeldt, Hein, Heymann, Jecht, Kipp, Kisch G., Kisch W., Kitzinger, Klee, Kohlrausch, Müller, Nußbaum, Riezler, Ruth, Schmidt, Silberschmidt, Triepel, Weber, Wenger, Wolff besuchte. Am 26. Juni 1933 bestand ich bei dem Oberlandesgericht in Naumburg die erste juristische Staatsprüfung, wurde dann am 5. Juli 1933 zum Referendar ernannt und befinde mich seit dieser Zeit im Vorbereitungsdienst.

Die Anregung zu der Arbeit verdanke ich Herrn Dozenten Dr. Isele, dem ich auch an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank ausspreche für das Interesse und die fördernden Hinweise, die er ihr hat zu Teil werden lassen.